

## **CRISIS EMPRESARIAL AL INTERIOR DE UN GRUPO DE SOCIEDADES\* -La Responsabilidad-**

**Por Camilo Enrique Cubillos Garzón\***

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN. I. EL DERECHO EMPRESARIAL Y LOS GRUPOS: A. Perspectivas Generales del Grupo Empresarial en el Derecho de Sociedades: 1. Tendencia Patológica, 2. Tendencia Fisiológica; B. El Estado y el Derecho Empresarial en los Grupos de Sociedades: 1. Visión Económica, 2. Visión Jurídica. II. GRUPOS EMPRESARIALES Y LA RESPONSABILIDAD: A. Persona Jurídica y Responsabilidad: 1. Generalidades de la personalidad. La sociedad, 2. Sistemas de Responsabilidad. Desarrollo; B. Responsabilidad en los Grupos de Sociedades: 1. Andamiaje Normativo. Precisiones, 2. Acción de Responsabilidad. BIBLIOGRAFÍA.

### **INTRODUCCIÓN**

Determinar en que medida una crisis económica afecta a una empresa ha sido materia de nutrida discusión, no solo por parte de la doctrina y la jurisprudencia nacional sino también la extranjera, basta recordar como hace una década nos hallábamos comentando sobre los esfuerzos realizados por un grupo de expertos en aras de reformar el régimen societario y concursal imperante para el momento en nuestro Ordenamiento Mercantil.

Años después de presentarse un detallado y juicioso estudio sobre el Proyecto de Reforma y de su posterior, aunque controvertida expedición de la Ley 222 de diciembre 20 de 1995 que lo sistematizó, se volvió a considerar estos parámetros económicos y jurídicos inherentes a las empresas que siendo económicamente viables se encontraban en dificultades de atender el pago de sus obligaciones, se pensó entonces

---

\* Trabajo resultado de investigación del Grupo “La Empresa y el Tratamiento de la Crisis Empresarial” del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Este artículo fue presentado a la Revista el 20 de octubre de 2005 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 12 de diciembre de 2005, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

\* Profesor investigador de la Universidad Externado de Colombia. Abogado y Especialista en Derecho de los Negocios de la misma Universidad, Master en Derecho de la Empresa MADE (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona), Doctorando en Derecho con especialidad en Derecho Patrimonial (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona).

en promover la reactivación de la Economía y el empleo a través de lo que se denominó acuerdos de reestructuración empresarial, expidiéndose así la Ley 550 de diciembre 30 de 1999, igualmente cuestionada desde varios campos académicos y administrativos.

Hoy en día, aún discernimos sobre qué medidas serían las más apropiadas para enfrentar estos “fenómenos” económicos y jurídicos, y es precisamente este punto el que nos ha motivado a describir una serie de consideraciones, concretamente las que se suscitan al interior de un Grupo Empresarial o Grupo de Sociedades.

Coherentes con nuestro pensamiento esbozado en otros escritos y haciendo parte integrante del trabajo de investigación que se adelanta al interior del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia, abordaremos el tópico de la crisis empresarial desde el ámbito de la responsabilidad de los Grupo de Sociedades; y aquí hemos de puntualizar en dos aspectos concretos.

En primer lugar, indefectiblemente, ha de establecerse qué se entiende por un grupo empresarial, cuál es la visión que sobre el mismo se desprende del Derecho de Sociedades y cuál la importancia que suscita el Mercado y la Economía en la conformación del grupo, pues sobre ello, muchas son las posiciones que en contraposición se hallan y muy pocas las que tienden a esclarecerlo.

En segundo término una vez establecido estos pilares que conforman nuestro andamiaje conceptual, de manera paulatina, penetramos en el tema de la responsabilidad que se llega a derivar de la actuación del hasta ahora reconocido grupo de sociedades al encararse una situación de crisis empresarial en su interior, para lograr este cometido, se propenderá por analizar la responsabilidad en los grupos, sobre la base de una administración aparente o indirecta. Sin más dilaciones, demos vía al desarrollo de nuestro contenido.

## **I. EL DERECHO EMPRESARIAL Y LOS GRUPOS**

### **A. Perspectivas Generales del Grupo Empresarial en el Derecho de Sociedades**

#### **1. Tendencia Patológica**

Resulta evidente la importancia que suscita el Mercado y la Economía en la formación y organización de los Grupos Empresariales donde la posición globalizadora de esta última refleja un aumento sustancial de las organizaciones económicas hasta el punto de considerar a los grupos como una nueva modalidad de empresa.

De antaño, dentro el Derecho Mercantil imperó una concepción subjetivista o profesional reducida a los actos de comercio presentes de manera ocasional y aislada, sin embargo, la misma fue variando en la medida que oscilaba el Mercado y la Economía, donde las operaciones mercantiles se realizaban de manera entrelazada a través de la actividad económica impulsada por el empresario de manera continua y permanente.

Es el Mercado entonces, el motor del derecho mercantil donde se encuadra la actividad económica monopolizada por el empresario, que al organizarse en empresa asegura la obtención de una ganancia individual aunada a la corriente socializadora del interés general imperante en el Derecho Comercial Interno<sup>1</sup>.

Estas ventajas empresariales también tienen eco a la hora de referirnos a un mercado organizado donde cada sociedad con criterios de maximización de rentabilidad económica, redistribuyen los recursos entre sus miembros.

Así como es un desacierto considerar hoy en día al Derecho comercial como un simple Derecho de los actos de comercio, del mismo modo lo es entender a la empresa como un ente jurídico aislado, por el contrario, hemos de realizar un esfuerzo por vislumbrar a esta figura como el propósito o la cuestión de la sociedad y no observar a la empresa simplemente como sociedad<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> En contraposición al interés general nacional aparece el Derecho Comercial Internacional basado en el principio de la libertad de la autonomía privada, llegando a concluir en su desarrollo que la mejor forma de proteger este interés general nacional es impulsando a la empresa privada y a la economía de mercado.

<sup>2</sup> Sobre la necesidad de evitar una confusión entre Empresa y Sociedad y que mejor entre Derecho de la Sociedad y Derecho de la Empresa, puede consultarse el excelente trabajo del profesor Antonio Polo cuando se refiere a la producción

Este inconveniente, en la forma de entrever a la empresa, ha llevado a un desarrollo legal muchas veces aislado en esta materia<sup>3</sup> y por ende, casi nulo tratándose de aquel nuevo “*sujeto de derecho*”, con un patrimonio empresarial organizado en cuanto unidad económica, y ciertamente, con capacidad para contraer obligaciones y adquirir derechos; en concreto nos referimos a los grupos empresariales o de sociedades<sup>4</sup>.

Ahora bien, la herramienta que el legislador ha empleado para atender las dificultades inherentes a la empresa ha sido en muchas ocasiones el mismo Derecho de sociedades, considerando no a esta figura sino a su titular, la sociedad, la respuesta a las dificultades, empero, este mecanismo no es adecuado a la hora de solucionar los inconvenientes del grupo empresarial, tales como la personalidad específica<sup>5</sup>, la concreción de los principios esenciales en la formación de los grupos de sociedades o la complejidad estructural imperante en esta materia, en otras palabras, la multiplicidad de formas que puede adoptar el grupo entendido como una forma de desarrollar la empresa.

En este estado cabe mencionar aquella heterogeneidad de formas, como las que se refieren a la estructura externa del grupo, entre estos, claramente podemos vislumbrar los grupos empresariales económicos y los grupos de sociedades financieros; también hallamos los grupos privados y públicos; y los grupos empresariales pequeños, medianos y

---

académica del profesor Garrigues en lo tocante con el mencionado tema. Ver **POLO, Antonio**. Empresa y Sociedad en el pensamiento de Joaquín Garrigues (Relaciones e interferencias entre ambos conceptos) en Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues. Tomo I. Ed. Tecnos. Madrid. 1971. Pág 311 y ss.

<sup>3</sup> Esta situación fue puesta de manifiesto por el profesor Garrigues en repetidas oportunidades; cabe destacar entre otros **GARRIGUES, Joaquín**. Curso de Derecho Mercantil. Tomo II. Ed. Temis. Bogotá. 1987. Pág 13 y ss.

<sup>4</sup> Sobre el fenómeno de grupos y el problema interpretativo de la persona jurídica y la empresa ver la excelente obra del autor **MOLINA NAVARRETE, Cristóbal**. El Derecho Nuevo de los Grupos de Empresas. Entre Libertad y Norma. 1ª ed. Ed. Ibídem Ediciones. Textos Universitarios. Madrid. 1997. Pág. 37 a 143.

<sup>5</sup> Sobre el particular y desde la doctrina de la empresa, no resulta descabellada la idea de dotar de personalidad jurídica a este ente grupal; al respecto puede consultarse los trabajos de los autores **BYDLINSKI, F.** Handelsoder Unternehmensprivatrecht als Sonderprivatrecht. Ein Modellbeispiel für die systematische und methodologische Grundlagendiskussion, Berlin, 1990 y **SCHIMDT, K.** Handelsrecht, 3 ed., Köln-Berlin-Bonn-München, 1987, pág 57 y ss. citados en **EMBED IRUJO, José Miguel**. Introducción al derecho de los grupos de sociedades. Ed. Comares. Granada. 2003. Pág 2 y ss.

grandes<sup>6</sup>; en la misma medida surgen otras clasificaciones que complementan la multiplicidad de grupos, como aquella composición que los circunscribe en grupos de empresas paritarios y grupos de sociedades jerárquicos; los de domino total, mayoritario o minoritario; así como los cotizados y no cotizados; incluso los hay que catalogan a los grupos de acuerdo a las empresas ya sea en piramidales así como en radiales y circulares<sup>7</sup>; finalmente podemos encontrar, dentro de esta diversidad de situaciones, aquellos que bien pueden entrar a clasificarlos en grupos de sociedades fácticos y normativos<sup>8</sup> o la que los hace de acuerdo a la forma del grupo empresarial, ya sea que se trate de uno contractual, financiero o personal<sup>9</sup>.

Pero volvamos sobre las dificultades que surgen cuando se trata de aplicar el Derecho de sociedades a los grupos empresariales. Estos inconvenientes de concreción de principios, complejidad estructural o personificación, se ahondan en razón de dos situaciones, en primer lugar, la inexistencia de una sistematización global en esta materia, en la medida en que estos inconvenientes perjudican tanto a los socios minoritarios de las sociedades dominantes y subordinadas, así como a los trabajadores, acreedores e incluso aquellos sujetos ajenos al grupo; y en segundo término, porque el Derecho de sociedades repara considerablemente en la sociedad como tal, como titular, y no en la empresa.

Recordemos algunos aspectos concretos en los que se basa el Derecho de sociedades; sobre el particular se ha sostenido que aquella realidad que se plasma en el Derecho resulta diferente a la que se regula en los ordenamientos internos, y esto se debe a que los modelos jurídicos que se sistematizan resultan insuficientes a la hora de abordar el real funcionamiento de las sociedades, tanto en sus relaciones internas como en las externas, por esta razón todos debemos preocuparnos por entender el Derecho, no como un conjunto llano de normas, sino como un serio acoplamiento entre normas y personas. En este sentido se pronuncia de manera ejemplar el autor Vicent Chuliá, así:

**“(…) Un conocimiento de las personas o fuerzas sociales y una descripción de su comportamiento real y la pros-**

---

<sup>6</sup> LEMME, Giuliano. Il Governo del Gruppo. Ed. Casa Editrice Dott. Antonio Milani –CEDAM- Pádova. 1997. Pág. 24 y ss.

<sup>7</sup> DUQUE, Justino. Los métodos de grupos de sociedades. Ponencia del VII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Barcelona, Instituto de Derecho Comparado, 1966. Pág. 385 y ss. en Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque, 2T., Universidad de Valladolid. 1998.

<sup>8</sup> EMBID IRUJO, José Miguel. Introducción... Ob.cit. Pág 5.

<sup>9</sup> URÍA, Rodrigo. Derecho Mercantil. 28ª ed. Marcial Pons. Barcelona-Madrid. 2002. Pág. 604 y 605.

pectiva que del mismo se desprende, aparece como indispensable para comprender el sentido, viabilidad y vigencia de las normas e instituciones llamadas a regularlas. Apartándose de este planteamiento no hay ciencia jurídica posible. De ahí que hoy resulte indispensable, incluso a nivel de Manual, incluir el estudio de los grupos como mecanismos del Derecho de sociedades, junto al estudio de los distintos tipos de sociedad, así como incluir las distintas operaciones de concentración del Derecho de sociedades, junto a la fusión propia. Y ello con independencia de que la legislación vigente se ocupe o no de ellos. (...)"<sup>10</sup> Resaltado en negrilla y subrayado por fuera del texto.

Ciertamente, la realidad de las sociedades mercantiles de capital está circunscrita al Derecho, sin embargo cuando se trata de grupos de sociedades, no ocurre lo mismo, ya que el escenario es totalmente alejado, se trata de unos hechos económicos y empresariales sin ningún aporte del Derecho, por lo menos en cuanto a su elemento básico, la unidad de propósito y dirección.

El problema de la sistematización no está propiamente en la normativización del grupo<sup>11</sup> sino en el hecho de hacerlo sin contar con los elementos de juicio necesarios para el caso, me explico, no podemos, en aras de buscar una regulación normativa de los grupos, aplicar las soluciones presentes en los diversos temas del Derecho de sociedades, sin un estudio previo que hacer sobre los grupos empresariales, y esto en la medida que el grupo al que hacemos referencia, cobija situaciones económicas, empresariales y de Mercado, que no llegan a ser tenidas en cuenta por el Derecho societario.

Ahora bien, compartimos la posición de gran parte de la doctrina, cuando se refiere a la insuficiencia existente de algunas soluciones planteadas para afrontar la realidad de los grupos empresariales a través de mecanismos propios de un Derecho de sociedades, en nuestro concepto, ya anquilosado en una sociedad autónoma e independiente, o

---

<sup>10</sup> **VICENT CHULIÁ, Francisco.** La Fusión Propia y la Fusión Impropia en el Derecho de Sociedades. En Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues. Tomo III. Ed. Tecnos. Madrid. 1971. Pág 483 y ss.

<sup>11</sup> Si el inconveniente hubiera resultado ser la normativización, de suyo resultaría que nuestro ordenamiento hace mucho tiempo hubiera traspasado esa barrera, situación que no vemos reflejada en la realidad, pues de antaño existen normas mercantiles, por no tratar otros ámbitos jurídicos, que regulan el tema de los grupos, cabe resaltar directamente los artículos 26 a 33 de la Ley 222 de 1995; y de manera contigua el artículo 148 Parágrafo y por qué no, los artículos sobre administradores y su responsabilidad, artículos 22 a 25 y 206 a 207, respectivamente, todos ellos en la Ley 222 de 1995. En conclusión, existen las normas y, sin embargo, también las lagunas y el desconocimiento.

lo que llega a conocerse por parte de la doctrina como un Derecho que toma como base o pilar de su andamiaje jurídico, una *sociedades isla*<sup>12</sup>.

El Ordenamiento mercantil colombiano, trae a colación lo planteado por el Derecho de sociedades interno en el momento en que se llegue a presentar tanto un *abuso* por parte de la sociedad así como un *abuso* a la sociedad en sí misma considerada<sup>13</sup>; ahora bien, para buscar una respuesta a este inconveniente que se expone de igual forma en los grupos empresariales, se recurre a diferentes herramientas o mecanismos esbozados en el Derecho de sociedades interno; para nuestro caso y el interés de la investigación nos referimos a las herramientas existente en virtud de la Disposición que sobre sociedades comerciales existe.

En un primer instante podemos apreciar aquellos instrumentos empleados como soluciones, que se entran a plantear en materia de conflictos de intereses para administradores de una sociedad y que se encuentran consagradas en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, los cuales, una vez realizado el ejercicio de comparación entre el Derecho de sociedades y los grupos empresariales resultará, en cuanto a los conflictos, una clara imputación respecto de quienes llegan a integrar el grupo en contraposición a sus administradores, o los conflictos de intereses que vienen a originarse entre los miembros del grupo empresarial y los terceros ajenos a él, así como aquellos que se presentan entre los diversos gestores o administradores de las empresas del grupo de sociedades<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> **BROSETA PONT, Manuel.** Manual de Derecho Mercantil. 11ª ed. Volumen I. Ed. Tecnos. Madrid. 2002. Pág. 561 y ss.

<sup>13</sup> Se que no resulta el escenario más adecuado para controvertir una materia tan específica como resulta ser el abuso, no obstante, no puedo pasar por alto aquel tema sin por lo menos hacer un conciso apunte sobre el mismo, me refiero explícitamente a la Teoría General del Abuso del Derecho. Mucho es lo que se ha escrito al respecto y pero pocos son los que se han ocupado por entender cual es realmente la influencia que tiene el abuso del derecho en el ámbito del desenmascaramiento o del abuso de la personalidad jurídica. En nuestro parecer, y sin entrar en mayor explicación, no siempre que estamos frente a un abuso del derecho o en presencia de un fraude de ley nos hallamos delante de un abuso de la personalidad jurídica; esta es una figura propia e independiente, que aunque comparte algunos elementos no resulta sinónima de aquellas. Ciertamente, estos inconvenientes de base que se presentan en el ámbito del Derecho de sociedades, como el abuso del derecho y de la personalidad o el fraude de ley, se pueden igualmente trasladar al campo del grupo empresarial, con un similar resultado de inestabilidad.

<sup>14</sup> Al respecto observar:

**“(…) Artículo 23 Ley 222 de 1995.-** (…) **Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. (…)** Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista



En segundo término, se puede acudir al Derecho societario y específicamente a lo consagrado en el artículo 25 de la citada disposición, norma que trata todo lo relativo a la poco aprovechada y utilizada Acción Social de Responsabilidad<sup>15</sup>;

Igualmente, otra herramienta a la que se recurre, es la que resulta del control estatal que ejerce el Gobierno nacional a través de la Superintendencia de Sociedades, y que se encuentra consagrada en el artículo 82 de la Ley 222 de 1995, todo ello en concordancia con algunas otras disposiciones de la Ley sobre sociedades comerciales, de manera concreta nos referimos a los artículos 83, 84 y 85 de la tantas veces referenciada Ley sobre sociedades comerciales<sup>16</sup>.

---

conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas. (...) En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad. (...)” Subrayado por fuera del texto.

<sup>15</sup> Sobre el particular:

“(...) **Artículo 25 Ley 222 de 1995.-** La acción social de responsabilidad contra los administradores corresponde a la compañía, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios, (...) Sin embargo, cuando adoptada la decisión por la asamblea o junta de socios, no se inicie la acción social de responsabilidad dentro de los tres meses siguientes, ésta podrá ser ejercida por cualquier administrador, el revisor fiscal o por cualquiera de los socios en interés de la sociedad. En este caso los acreedores que representen por lo menos el cincuenta por ciento del pasivo externo de la sociedad, podrán ejercer la acción social siempre y cuando el patrimonio de la sociedad no sea suficiente para satisfacer sus créditos. (...)” Subrayado por fuera del texto

<sup>16</sup> En lo tocante con el tema, mirar en primer lugar:

“(...) **Artículo 82 Ley 222 de 1995.-** El Presidente de la República ejercerá por conducto de la Superintendencia de Sociedades, la inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales, (...)” Resaltado en negrilla y subrayado por fuera del texto;

En segundo término, podemos apreciar:

“(...) **Artículo 83 Ley 222 de 1995.-** La inspección consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para solicitar, confirmar y analizar de manera ocasional, ... la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa de cualquier sociedad comercial... (...)” Resaltado en negrilla y subrayado por fuera del texto;

En la misma medida cabe observar:



Continuando con los mecanismos, en el mismo sentido se apela de manera general a la responsabilidad limitada, al hermetismo de la personalidad jurídica o a los tantas veces señalados, deberes y responsabilidades de los administradores<sup>17</sup>.

Con todo, estas soluciones así planteadas en el campo del Derecho societario, y que valga la pena mencionar, se intentan llevar al terreno del grupo empresarial, son de suyo alejadas de la realidad, una realidad que como se manifestó con anterioridad es económica, empresarial, de Mercado y que en nada se asemeja a la realidad normativa que se presenta en el Derecho de sociedades.

Para concluir con este primer apartado de nuestra investigación, cabe recordar como parte de la doctrina no se detiene, dentro de sus argumentos, en la simple exposición de los inconvenientes que se presentan en los grupos de sociedades sino que lo circunscriben en un campo mucho más amplio, un ámbito en el que se plantea una posible solución a estas dificultades; se hace alusión dentro de pensamiento jurídico, que la manera como ha de confrontarse los problemas que se suscitan entorno al grupo empresarial y a la forma como estos pueden ampararse, ha de ser a través de la aplicación de códigos de conducta o las nuevas políticas de buen gobierno corporativo -*Corporate Governance*-, apartándose de esta forma de aquellas soluciones

---

“(…) **Artículo 84 Ley 222 de 1995.- La vigilancia** consiste en (...) velar porque las sociedades ... en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social, se ajusten a la ley y a los estatutos. La vigilancia se ejercerá en forma permanente. (...) *Se vigilan cuando se establezca que la sociedad ha incurrido en* (...) a. Abusos de sus órganos de dirección, administración o fiscalización, que impliquen desconocimiento de los derechos de los asociados o violación grave o reiterada de las normas legales o estatutarias; b. Suministro al público, a la Superintendencia o a cualquier organismo estatal, de información que no se ajuste a la realidad; c. No llevar contabilidad de acuerdo con la ley o con los principios contables generalmente aceptados. d. Realización de operaciones no comprendidas en su objeto social. (...)” Resaltado en negrilla, subrayado y en cursiva por fuera del texto; y

Finalmente, lo relativo a:

“(…) **Artículo 85 Ley 222 de 1995.- El control** consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad comercial... (...)” Resaltado en negrilla y subrayado por fuera del texto.

<sup>17</sup> Sobre aquellas herramientas que plantea el Derecho de sociedades, ver concretamente el artículo del autor **CÓRDOBA ACOSTA, Pablo Andrés**. La Empresa en el Siglo XXI. El Gobierno de empresa de grupo: visión del grupo empresarial en la perspectiva del gobierno corporativo (“Corporate Governance”). Universidad Externado de Colombia. 2005. Bogotá. Pág. 144 y ss.

tradicionales del Derecho de sociedades; método que a mi juicio es acertado siempre y cuando no se convierta en el único mecanismo de solución, en la medida en que hemos de reconocer que el asunto del buen gobierno corporativo resulta tan desconocido en nuestra legislación, jurisprudencia y casi podríamos afirmar en la doctrina, como el tema que desarrolla los grupos empresariales.

Dentro de esta perspectiva, y para dar paso a un nuevo apartado de la investigación, se encuentra la alusión que se hace en la doctrina colombiana sobre el particular:

**“(…) las soluciones tradicionalmente adoptadas para la sociedad isla no son aptas siempre respecto de la Empresa de Grupo. (…) normas que en determinados casos, por no decir la mayoría, son inadecuadas frente al Grupo Empresarial en virtud de que muchas veces se quedan en letra muerta, o si se aplican no logran un resultado conveniente o, lo que es más grave aún, si se aplican literalmente pueden producir barreras costosas e imposibles de superar para una buena gestión de la Empresa de Grupo.(…)”<sup>18</sup>** Resaltado en negrilla y subrayado por fuera del texto.

## 2. Tendencia Fisiológica

Hasta aquí hemos señalado algunos aspectos relevantes, que podríamos denominar como la problemática de los grupos empresariales, en otras palabras, hemos visto la tendencia patológica de los grupos de sociedades en el sentido de haber palpado, por una parte, una ausencia de sistematización normativa, y por la otra, un acercamiento al Derecho de sociedades sin contemplar la realidad empresarial, económica y del Mercado en la órbita del grupo empresarial; y es precisamente esta última, la realidad del grupo, la que nos sitúa en un tema antagónico al de la problemática, cual es las ventajas en el desarrollo y composición del grupo empresarial.

Tal y como se puso de presente, las actividades económicas promovidas por el empresario, de manera continua y permanente, determinaron que el Derecho Mercantil, en razón del Mercado y la Economía, fuera concebido como un Derecho oscilante y en constante movimiento, sin embargo, los inconvenientes no dejaron de presentarse por cuanto resultaba difícil asimilar un Derecho estático y sistematizado, yuxtapuesto al de una Economía y un Mercado ágil y cambiante.

---

<sup>18</sup> Entre otros escritos cabe destacar, por el aporte que implica para la escasa doctrina nacional sobre grupos de sociedades, el excelente trabajo realizado por el autor Pablo Córdoba en materia de Gobierno Corporativo y Grupos Empresariales. Lo anterior en **Ibídem**. Pág. 144 y ss.

Con todo, en este mar de fluctuaciones, donde la realidad ya no permite elegir entre agruparse y compartir unos riesgos económicos o estar solos en un camino empresarial desértico, emergen los grupos empresariales o grupos de sociedades como un nuevo instrumento de unidad económica que entraña la realidad<sup>19</sup>.

En términos generales, los grupos son concebidos como instrumentos mediante los cuales, las empresas pueden agruparse conservando su autonomía jurídica pero renunciando a cierta libertad económica que es transferida al grupo al cual pertenecen, creándose de esta forma una concentración del poder empresarial en el grupo con el fin de buscar el crecimiento individual de las empresas, pudiendo maximizar sus beneficios en la medida que produzcan, comercialicen, encaucen o redistribuyan los recursos entre sus miembros, a través de unos mismos propósitos como podría ser la reducción de costes o el aumento de cobertura de los productos, entre otros.

Hoy en día, que tanto se busca un acercamiento comercial entre Mercados, que se ha optado por abrir nuevos caminos comerciales en Europa y Oriente, e incluso, que se discute sobre la viabilidad de penetrar en el mercado Americano a través de la firma de Tratados de Libre Comercio (TLC), no puede desconocerse la importancia que lleva consigo una política de protección a los empresarios nacionales frente al dinamismo, organización y madurez de muchas de las empresas extranjeras, claro está sin entrar a deslucir a las sociedades nacionales, pero tampoco, sin querer con ello desconocer que nuestro Ordenamiento jurídico, societario y mercantil, necesita urgentemente de una revisión y un análisis jurídico por razones de índole económicas, empresariales y del Mercado, ya esbozadas con anterioridad.

No obstante lo anterior, este proteccionismo que se propone no puede desdibujarse en atención a barreras arancelarias, subvenciones o subsidios tributarios, restricciones cambiarias o incentivos a la industria nacional que más que ayudar a las empresas terminan por llevarlas a una mediocridad en razón de políticas económicas defensivas y que, por cierto, ya han entrado en desuso desde la década de los ochenta<sup>20</sup>; este tipo de visión preventiva, encaminada más a proteger que acometer, muy propia de los modelos intervencionistas, hace juego con los intentos casi ficticios por sistematizar el tema de los grupos

---

<sup>19</sup> En este mismo sentido ver **DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel**. Estudios de Derecho Mercantil. Tomo I. Volumen 2. Centro de Estudios Tributarios. Madrid. 1977. Pág. 193 y ss.

<sup>20</sup> Esta concepción proteccionista y preventiva la pusimos de manifiesto en un artículo publicado en la Revista del Departamento de Derecho Comercial de esta Casa Externadista en **REVIST@ E-MERCATORIA**. “El Mercado y las Bases Económicas de un Grupo Empresarial” Volumen 4. No.1 Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005. Pág. 4 y ss.

empresariales, en donde antes de mirar las bondades de la figura, los órganos y las funciones de la misma, se opta por regular las posibles dificultades y perjuicios que pueden presentarse al referirse a grupos de sociedades.

Al contrario de la política preventiva existente, y que impera en muchos de los Ordenamientos jurídicos, de igual forma, el manejo proteccionista al que hacemos alusión, va encaminado desde el fomento de la confianza empresarial para competir en los mercados nacional y extranjero con calidad, precios, condiciones de venta y servicio, pasando por una regulación interna de las funciones y miembros que la integran, aunado a las propiedades o ventajas, hasta llegar a la constitución de una nueva unidad económica y empresarial integrada a su vez por varias sociedades que confluyen en un mercado organizado donde existe una redistribución de los recursos entre sus miembros en aras de la maximización de beneficios<sup>21</sup>.

Antes de adentrarnos en la visión jurídica y económica existente en los grupos de sociedades, quisiera concluir esta perspectiva del grupo empresarial en el Derecho de sociedades, con unas palabras del profesor Jean-Pierre Guyenot quien al referirse a las nuevas creaciones jurídicas adaptadas al contexto económico, llegó a sostener que aquellos inconvenientes que emergían de los cambios muchas veces entorpecían su desarrollo, hasta que la realidad los hacía tan evidentes que era imposible desconocer las creaciones.

Venía a manifestar Guyenot, que precisamente por esa conjunción de fenómenos económicos que empujaban a los grupos de sociedades hacia un derrotero de eficiencia, rentabilidad y maximización de beneficios, además de fenómenos políticos que engendraban una economía en rápida e irreversible vía de unificación, entraba a distinguirse o mejor, sobresalía un hecho, el cual básicamente consistía en la indefectible apreciación de los fenómenos económicos y su concerniente implicación, en el entorno jurídico que envuelve el Derecho.

“(…) Frecuentemente **los árboles no dejan ver el bosque**. Los problemas económicos, jurídicos, técnicos, fiscales, incluso humanos y psicológicos que nacen de los cambios, a veces hacen perder de vista los resultados, hasta el momento en que, suficientemente demostrativos, se convierten en realidad. Por conjunción de los fenómenos económicos que empujan a los grupos de empresas hacia un fin de eficiencia y

---

<sup>21</sup> Sobre las ventajas o beneficios en el planteamiento de un grupo de sociedades, puede consultarse los trabajos de los autores **URÍA, Rodrigo**. Ob. Cit. Pág 603 y 604; **GARRIGUES, Joaquín**. Ob.Cit. Pág 310 y 311; **GIRGADO PERANDONES, Pablo**. La Empresa de Grupo y el Derecho de Sociedades. Ed. Comares. Granada. 2001. Pág 5 y 6; entre otros.

de un fenómeno político que engendra una economía de rápida e irreversible vía de unificación, un hecho se impone: el **Derecho proporcionaba los instrumentos jurídicos que las necesidades económicas exigían de manera ineludible (...)**<sup>22</sup> Resaltado en negrilla y subrayado por fuera del texto.

---

<sup>22</sup> **GUYENOT, Jean-Pierre.** Los Grupos de Interés Económico. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1973. Pág. 13 y 14

## **B. El Estado y el Derecho Empresarial en los Grupos de Sociedades**

### **1. Visión Económica**

Es innegable la importancia que representa el grupo empresarial hoy en día en nuestro medio, no obstante, su trascendencia se ha visto opacada en repetidas oportunidades por la falta de claridad en su comprensión, por esto resulta necesario un estudio integral de su conjunto, y para lograr este acometido, acudiremos como primera medida a un análisis de las fuentes del grupo de sociedades.

La visión fisiológica trae aparejada una perspectiva económica en la medida que permite un crecimiento individual de las sociedades, logrando extender al máximo sus rendimientos a través de una misma unidad de propósito y dirección. Este tipo de política grupal amén de buscar el crecimiento de la empresa permite una redistribución del riesgo, lo que se traduce en una disminución de libertad económica por una transferencia que se hace de la misma al grupo pero conservando su autonomía jurídica.

En otros términos, el crecimiento se observa en razón de la complejidad imperante en el desarrollo de una actividad económica, en la especificidad cada día más marcada de los mercados y en la reducción del riesgo al introducirse en un Mercado; este deseo de crecimiento en cada una de las empresas por separado, sean nacionales o extranjeras, se orienta hacia una uniformidad de pensamiento que al final se explica con la conformación de grupos de sociedades.

No obstante estos deseos, los mismos han de estar soportados sobre unas bases jurídicas y económicas. Así las cosas, nuestro Ordenamiento interno consagra la libertad de la actividad económica y de la iniciativa privada siempre que la misma no vaya en posición contraria al del interés general, concretamente el Mercado, y esto, en razón del abuso que de ella puedan hacer las personas físicas o morales; lo que en otro sentido implica una legitimación de la libertad de empresa y de las distintas formas como esta libertad se desarrolla, dentro de las que cabe destacar la figura del grupo empresarial.

Sobre el particular, obsérvese lo establecido en la Constitución Nacional en su artículo 333, en lo tocante con la libertad de empresa, en este mismo orden, puede vislumbrarse el artículo 58 en concordancia con el artículo 60 de la misma, que consagran lo relativo a la propiedad privada y el deber del Estado de proteger y promocionar las distintas formas asociativas de la propiedad, como resulta ser el grupo de sociedades.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> En primer lugar:

Con lo señalado, es evidente que no nos hallamos en un mundo en el cual podamos separar el orden constitucional de la actividad económica, por ende, las ideas neutrales imperantes en los modelos constitucionales del siglo pasado han dado origen a un nuevo arquetipo constitucional-económico en donde la participación del Estado resulta necesaria para la sistematización de la libertad de empresa, regulando e interviniendo en la actividad de empresa pero dejando un espacio prudente para la libertad de actuación, formación y ejercicio empresarial, cobijando claramente el derecho de todo empresario para elegir la estructura empresarial acorde para el desarrollo de su actividad<sup>24</sup> llegando al punto de considerar a la libertad de empresa como un derecho subjetivo del empresario.

Con esta misma orientación de entrar a considerar la libertad de empresa como un derecho subjetivo del empresario, llega a manifestar el autor Manuel Aragón que a la Economía no le es ajena la Constitución en sí misma considerada, ya que pasó a ser parte de la materia constitucional, hasta el punto de constituirse como un modelo de economía de mercado, libre, abierto y competitivo, pero con ciertas

---

“(…) **Artículo 333 C.N.-** La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. (...) La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. ... El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. (...)” Subrayado por fuera del texto.

En segundo término:

“(…) **Artículo 58 C.N.-** Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. (...) El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. (...)” Subrayado por fuera del texto; y

Finalmente:

“(…) **Artículo 60 C.N.-** El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad. (...)” Subrayado por fuera del texto.

<sup>24</sup> Existirá esta libertad de actuación empresarial a través de un grupo siempre que no se haya asignado esta actividad económica al sector público, como ocurre en países como Italia y España cuando se crean las Sociedades Estatales de Participaciones Industriales. **GIRGADO PERANDONES, Pablo.** La Empresa de Grupo... Ob.cit. Pág. 14 y 15.



limitaciones acomodadas a un Estado social de derecho, lo que es lo mismo, barreras a una economía social de mercado<sup>25</sup>.

Ahora bien, esta visión económica del grupo lleva indefectiblemente a considerarlo como una unidad que desarrolla una actividad empresarial y económica a través de varias empresas apartándonos de las concepciones imperantes en las diversas teorías sobre la personalidad jurídica<sup>26</sup>.

Con todo, valga el momento para concretar todas estas clasificaciones, en lo que a nuestro juicio bien pueden ser las que tratan las *Teorías de la Ficción* como la Teoría de la Personificación (*Savigny*) y la Teoría de la Representación (*Randa y Rohlau*); pasando por la *Teoría de los Derechos sin Sujeto*. (*Windscheid*); la *Teoría Subjetividad del Fin – Teoría del Patrimonio al Fin –Zweckvermögen-* (*Brinz*); la *Teoría Orgánica de Matiz Finalista* (*Enneccerus*); las *Teorías de la Realidad*, bien las basadas en las Teorías de la Voluntad como la Real (*Zitelmann y Gierke*) o la Legal (*Michoud*), ora las que se fundamentan en la Teoría

<sup>25</sup> **ARAGÓN, Manuel.** Constitución Económica y Libertad de Empresa. en Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez. Tomo I. Ed. Civitas. Madrid. 1996. Pág. 167 y 178.

<sup>26</sup> Sobre las múltiples teorías de la personalidad jurídica, cabe resaltar los estudios que sobre la naturaleza de las personas morales se han desarrollado, como la clasificación llevada a cabo por el profesor Lechmann así: 1. Teoría de la Ficción (*Savigny, Puchta, Windscheid*); 2. Teoría del destinatario (*Jhering, Hölder, Binder*); 3. Teoría del patrimonio de destino (*Brinz, Schwarz*); y 4. Teoría de la personalidad Real (*Gierke, Beseler*). En la obra **LECHMANN, Heinrich.** Parte General. Volumen I. Trad. JOSE M<sup>a</sup> NAVAS. Ed. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1956. Pág. 629 a 632.; en el mismo sentido, la clasificación que propone el maestro De Castro y Bravo así: 1. Teorías Sobre la Realidad de la Persona Jurídica. 1.1. Teorías de la ficción (*Savigny*); 1.2. Teorías de la Personalidad Real (*Grocio, Pufendorf, Gierke*); 1.3. Teorías de la Entelequia Jurídica (*Ferrara, Michaud, Jellineck, Kelsen, Ascarelli*); 1.4. Teorías Negativas (*Vareilles-Sommières, Luchaire*). 2. Teorías sobre la Esencia de la Persona Jurídica. 2.1. Desde el punto de vista de la persona jurídica como sujeto de derecho. 2.1.a. *Voluntad*. 2.1.a.1. Voluntad independiente (*Zitelmann*); 2.1.a.2. Voluntad colectiva (*Durkheim*); 2.1.b. *Interés* (*Jhering*); 2.2. Desde el punto de vista del substrato humano. 2.2.a. Los socios (*David*); 2.2.b. los directivos (*Hölder, Binder*); 2.3. Desde el punto de vista de la estructura. 2.3.a. La misma organización (*Enneccerus, Nipperdey, Lehmann, Gangi*); 2.3.b. El estatuto social (*Arangio-Ruiz*); 2.4. Desde el punto de vista de los bienes. 2.4.a. Propiedad colectiva (*Planiol*); 2.4.b. Patrimonio sin sujeto (*Brinz, Schwarz, Rohde*). En la obra **DE CASTRO Y BRAVO, Federico.** La Persona Jurídica. Segunda Edición. Reimpresión 1991. Ed. Civitas, S.A. Madrid. 1990. Pág. 261 a 266.; finalmente, entre otras muchas, la clasificación que trae a colación el autor Capilla Roncero: 1. Teorías sobre la Esencia de la Persona Jurídica. 1.1. Teoría de la ficción (*Savigny, Puchta*); 1.2. Teoría orgánica (*Beseler, Gierke*); 2. Teorías sobre la Función de la Personalidad Jurídica. 2.1. Concepción Formalista (*Ferrara, Carnelutti, Coveillo*); 2.2. Concepción Normativa (*Kelsen*); 2.3. Concepción Institucional (*Hauriou, Santi Romano*). En su obra **CAPILLA RONCERO, Francisco.** La Persona Jurídica: Funciones y Disfunciones. Ed Tecnos. Madrid 1984. Pág 39 a 61.

del Interés - La Teoría del Sujeto Colectividad – Teoría del Destinatario - Teoría Individualista (*Jhering*); hasta llegar a la *Teoría Normativa* (*Kelsen*); la *Teoría Dogmática* (*Ferrara*) y finalmente la moderna *Teoría Dogmática-Analítica* (*D'Alessandro, Hart y Scarpelli*)<sup>27</sup>

*Un solo tiempo un solo fin*; este parecer económico grupal ha de reflejarse en los análisis que se lleven acabo a la hora de penetrar en el grupo empresarial, sin embargo, no ha sido posible hallar esta visión desligada del punto de vista jurídico por cuanto la sistematización y la comprensión escasa de esta materia, ha partido siempre del referenciado Derecho de Sociedades y pocas veces del Mercado o la Economía, obteniendo como resultado, no una visión económica del grupo circunscrita a la actividad de una sola empresa provista de varias personalidades jurídicas, sino de una actividad que ejercen varias sociedades, subordinadas o matrices, de manera individual.

De lo esbozado en el párrafo anterior, es relevante rescatar los intereses que pueden verse afectados en el desarrollo de la actividad del grupo, pues si para unos se trata de una unidad ficticia donde lo que impera es la personalidad jurídica de cada sociedad, bases normativas, para otros no lo es, ya que apoyados en pilares económicos, se trata de una sola empresa que opera en el Mercado.

Con todo, es incuestionable como la realidad económica imperante en los grupos empresariales determina los elementos básicos sin necesidad de acudir al Derecho, no obstante esta perspectiva, como la visión

---

<sup>27</sup> Sobre la diversidad de teorías de la personalidad jurídica que pretenden describir la naturaleza jurídica de la persona moral, puede consultarse, además de los citados en el pie de página 25 de esta investigación, las excelentes traducciones al idioma castellano que se hacen sobre las obras de los profesores **ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor Y WOLFF, Martín**. Tratado de Derecho Civil. Primer Tomo. Parte General I. por Ludwig Enneccerus, Trad. BLAS PÉREZ GONZÁLEZ y JOSÉ ALGUER. Volumen Primero. Ed. Librería Bosch. Barcelona. 1934. Pág. 434 y ss., **FERRARA, Francisco**. Teoría de las Personas Jurídicas. Trad de la 2ª ed. revisada italiana por Eduardo Ovejero y Maury. Ed. REUS. Madrid. 1929. Pág. 122 a 360. y **SAVIGNY, Friedrich Karl von**. System des Heutigen Römischen Rechts. II. Leipzig 1840-1849. Pág 85 a 102. y traducción **SAVIGNY, Federico Carlos**. Tratado de Derecho Romano. Tomo II. Trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley. Ed. Góngora, Madrid. 1870. Pág. 60.; igualmente podemos remitirnos a las obras de los profesores **BRINZ**, Pandekten, Iª edi., vol II. Pág 982., **ZITELMANN**. Begriff und Wesen der s.g. juristischen personen, pág 82 y ss. Leipzig. 1873. y **GIERKE, Otto von**. Das Deutsche Genossenschaftsrecht. IV Vols. Berlin 1868; r.a. Graz 1954.; Así mismo, podemos acudir a las obras de los autores **PANIZO ORALLO, Santiago**. Persona Jurídica y Ficción. Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV). Pamplona. 1975. Pág. 414. o **MANÓVIL, Rafael Mariano**. Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria: El Artículo 54.III de la Ley de Sociedades Argentina. Publicado en Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero. Volumen I, Capítulo XVI. Ed. Mc. Graw Hill. Madrid. 2002. Pág 364.

doctrinal y jurisprudencial ha considerado elementos básicos del grupo, el Control y la Unidad de Propósito y Dirección, hemos de detenernos en los mismos en este estado por lo menos un instante<sup>28</sup>.

Ciertamente, las concentraciones empresariales pueden observarse desde dos órbitas, aquellas que se realizan distribuyendo sus labores empresariales de forma libre y en un mismo plano, entiéndase un conjunto de sociedades organizadas en el mismo *horizonte*, y en contraposición, aquellas que lo hacen en un estado *vertical*; en las primeras estaríamos frente a *grupos por coordinación* que provistos de una unidad de propósito y dirección carecen del elemento de control, y en las segundas nos adentraríamos en los *grupos jerárquicos* donde amén de requerirse la dirección y el propósito, de suyo está presente un control entre las sociedades.

Sin embargo, a pesar que el control presupone la posibilidad de ejercer una influencia dominante sobre otras sociedades a través de vías negociales o como consecuencia de la adquisición de acciones o participaciones, la misma no reconoce una unidad de dirección, sino una simple presunción de derecho de la existencia del grupo, y esto como consecuencia que la unidad es una realidad económica imperante en un conjunto de sociedades con un mismo propósito empresarial.

En este estado cabe hacer un pequeño paréntesis para observar la descripción enunciativa de que trata el Ordenamiento colombiano sobre las llamadas presunciones de subordinación; en virtud de esta regulación, se considera a una sociedad subordinada, cuando más del cincuenta por ciento del capital de esta pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, teniendo presente que no se computan las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto, en el porcentaje de pertenencia.

Así mismo, prescribe el Ordenamiento mercantil, que se entenderá por situación de dominación cuando la sociedad matriz y las subordinadas estén provistas, de manera conjunta o separada, del derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o también los votos necesarios para elegir la mayoría en la junta directiva, si la hubiese.

---

<sup>28</sup> Apartándonos de esta concepción normativa o jurídica dominante en nuestro medio, que se limita a considerar como elementos de existencia de la figura del grupo empresarial, el control y la unidad de propósito y dirección, hemos de señalar desde este momento, de conformidad con una visión económica del grupo, que el factor integrante del mismo está en la unidad de dirección y propósito más no en el control y esto en la medida en que el grupo empresarial no necesita, de manera cierta, un control para que emerja económicamente una unidad empresarial, que de suyo, sin la concepción de control que se maneja hoy en día, puede generar la existencia de un grupo de sociedades.

Finalmente, señala la Ley sobre sociedades comerciales, que se considera que existe una situación de subordinación cuando la sociedad dominante, de manera directa o a través o con el concurso de las sociedades dominadas (entiéndase también entidades de naturaleza no societaria), en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, llegan a ejercer una influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad<sup>29</sup>.

Ahora bien, no necesariamente ajenos al tema del control, cuando la unidad propósito empresarial se circunscribe en una o varias de las empresas, estaríamos frente a un *grupo de sociedades centralizado*, con independencia que sea horizontal o vertical, en sentido opuesto, si esta concentración no resulta visible por distribuirse entre todas las empresas que la integran, estaríamos ante un *grupo empresarial descentralizado*.

---

<sup>29</sup> Por la importancia que representa en esta materia y por las constantes referencias que se harán a la misma en el desarrollo de esta investigación, a continuación nos permitiremos citar lo relativo a la presunción de subordinación, de que trata el Ordenamiento mercantil, sin otro particular:

**“(..). Artículo 27 de la Ley 222 de 1995.-** El artículo 261 del Código de Comercio quedará así:

**Artículo 261.** Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

**1.** Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las, acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.

**2.** Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisorio en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.

**3.** Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

**Parágrafo 1o.** Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

**Parágrafo 2o.** Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el parágrafo anterior. (...)” Resaltado en negrilla por fuera del texto.

Es importante resaltar este aspecto del grado de concentración en los grupos empresariales, por cuanto que los instrumentos o herramientas que hoy en día se emplean para la resolución de conflictos, en otros términos, el Derecho de Sociedades, no pocas veces resulta inconveniente o desproporcionado en el momento de emplearlo, un buen ejemplo de lo sostenido con anterioridad es el tema del desenmascaramiento de la personalidad jurídica; teoría o doctrina que ha sido utilizada indistintamente por los Altos Tribunales de Justicia de todos los ordenes<sup>30</sup> para el allanamiento o levantamiento el velo societario a las personas jurídicas, desenmascarándolos dentro de los grupos de sociedades centralizados o los grupos empresariales descentralizados, situación esta última, susceptible de discusión de conformidad con la operatividad en una empresa descentralizada.

Sin perjuicio de lo esbozado hasta el momento y en aras de mantener la discusión en otros escenarios académicos, la adopción del *Disregard of Legal Entity* como solución a los inconvenientes dentro del grupo empresarial, no resulta la única solución controvertible pues, por sí misma, la aplicación de la mencionada doctrina bajo los entendidos de figuras como el fraude a la ley o el abuso del derecho, llega a debilitar la verdadera razón del desenmascaramiento, cual es el abuso en que se incurre al emplearse como instrumento una persona moral o jurídica<sup>31</sup>.

Quisiera finalizar este aparte del ámbito económico, recordando la importancia del factor de unidad de propósito y dirección en la configuración de un grupo empresarial ya sea centralizado o bien descentralizado, en otras palabras, es innegable recordar, desde esta perspectiva económica, la influencia que ejerce el Mercado y la empresa en la configuración de una concentración empresarial donde el elemento de existencia no resulta ser otro, a nuestro parecer, que la *Unidad de Propósito y Dirección*<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Sobre el desarrollo que se ha presentado en el orden jurisprudencial, cabe mencionar que debemos recurrir a la evolución extranjera (Estados Unidos, Inglaterra, Alemania y España, entre otros) en la medida que muy poco ha sido el aporte por parte de los Tribunales Nacionales, al respecto, algunas consideraciones en el ámbito laboral, tributario y penal, más en materia privada se ha optado por apartarse de la discusión, tal vez porque aún hoy en día se debate en el ámbito internacional.

<sup>31</sup> **BOLDÓ RODA, Carmen.** Levantamiento del Velo y Persona jurídica en el Derecho Privado Español. Ed. Aranzadi. 3ª Edición. Navarra. 2000; **DE ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo.** La Doctrina del Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica en la Jurisprudencia. 4ª Edición. Editorial Civitas. Madrid. 1997; y entre otros **EMBED IRUJO, José Miguel.** El Levantamiento del Velo una vez más. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 20 de junio de 1991. Revista La Ley. 11-02-92. Pág. 3 a 5.

<sup>32</sup> En cierta medida, en contraposición a esta postura, el autor Rafael Manóvil para quien la unidad de propósito y dirección resulta prescindible al momento de

## 2. Visión Jurídica

Hasta aquí hemos tratado una perspectiva general del grupo empresarial desde la órbita económica, empero, esta visión ha pretendido ser plasmada en los ordenamientos sin mayores frutos, me explico; la idea de observar en muchas legislaciones como elementos de existencia de un grupo empresarial, el control y la dirección unitaria, se ha visto obstaculizada en el instante en que se pretende describir, normativamente, que se entiende por unidad de propósito y dirección.

Para intentar superar esta dificultad se ha acudido a la idea, como en la misma medida lo hace nuestro Ordenamiento, de establecer una presunción de grupo ante toda situación de dominación de una sociedad por otra<sup>33</sup>.

Con todo, la tendencia de sistematizar la materia de grupos ha estado orientada hacia dos posiciones, la primera, conocida como *modelo orgánico*; sobre esta original posición se debe puntualizar en que la misma no ha resultado del todo eficiente, basta con observar como el sistema continental en repetidas oportunidades, ha pretendido realizar una regularización de esta materia sin obtener los frutos deseados, concluyendo que el control y la unidad de propósito y dirección son los elementos de existencia del grupo sin referir en absoluto comentario alguno respecto a la forma de constitución del mismo.

Tengamos presente, sobre este modelo orgánico, las múltiples ocasiones en que se intentó una normativización de la materia de grupos, como fueron entre otras, la primera propuesta de regulación de grupos en Francia (Promovida por el diputado Cousté), el Proyecto de Reglamento de la Sociedad Anónima Europea (SAE) de 1975 hasta llegar a la versión definitiva del Reglamento de la SAE, aprobada el 8 de octubre de 2001 y que entró a regir en el 2004. En el mismo sentido, el fracaso en la armonización de la olvidada IX Directiva fruto de trabajos que recuerdan el Informe Würdinger de 1970; el Proyecto Preliminar de Directiva XI/328 de 1974 y XII/593 de 1975; la unificación del anterior proyecto preliminar a través del documento III/D/3; y el texto consolidado III/1639 de 1984.

---

establecer el tratamiento jurídico de la concentración de sociedades, en la medida que lo único que debe interesar es el modo en que se ha ejercido el poder inherente al domino sobre la sociedad. **MANÓVIL, Rafael Mariano.** Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado. Ed. Abelardo-Perrot. Buenos Aires. 1998. Pág. 416 y ss.

<sup>33</sup> Ver la descripción realizada sobre el Artículo 27 de la Ley 222 de 1995 en esta investigación referente a la Nota al Pie de Página No. 29.



En segundo lugar, distante del modelo orgánico que pretendía reglar la concepción económica del grupo a través de una presunción del mismo ante cualquier situación de control, hallamos el *modelo contractual*. No obstante aquel modelo no estuvo tan alejado de los parámetros propuestos por la IX Directiva; recordemos que la misma, en el deseo de reglamentar los grupos, aunque evidentemente descuidó algunos aspectos sustanciales de la materia, por lo menos sí consolidó ciertas concepciones, por ejemplo, lo sucedido en tópicos de seguros, valores y sector financiero o lo ocurrido en temas como consolidación de cuentas, a través de la VII Directiva 83/349/CEE<sup>34</sup>.

El modelo contractual, propio de Derecho Germánico<sup>35</sup>, al igual que el orgánico, mencionado con anterioridad, disponen de una visión jurídica algo distante de la económica, empero, entre ambos modelos existen disimilitudes por cuanto el primero, el orgánico, trata de una dirección unitaria y la existencia necesaria del control, mientras que el segundo, el contractual, fundamenta el vínculo legal del grupo en un acuerdo de dominio que llega ha entenderse como el sometimiento de una filial a la dirección de una matriz en virtud de un negocio jurídico voluntario entre las sociedades, que a su vez implica la aquiescencia de la dominante en la absorción de las pérdidas de la dominada o en la responsabilidad solidaria de la matriz por las deudas de la subordinada<sup>36</sup>.

Con todo, en Alemania este *modelo contractual* basado en el contrato de dominio no ha alcanzado la dimensión esperada; al respecto manifiestan entre otros los autores Lutter y Zöllner que muy pocos son los grupos empresariales que tienen contratos de dominio o que llegan a concretarlos, por el contrario, arguyen que la gran mayoría de grupos carecen de ese acuerdo de voluntades inscrito en el Registro, encasillándose en lo que podríamos llamar *grupos* bajo una visión *económica*<sup>37</sup>.

No obstante, esta carencia de regulación determinó que los grupos empresariales que no tenían o no habían concretado el acuerdo de dominio, se vieran protegidos por vía de jurisprudencia, sin embargo, en

---

<sup>34</sup> **EMBID IRUJO, José Miguel.** Introducción... Ob. cit. Pág. 208 y ss.

<sup>35</sup> En franca avenencia con el Derecho Alemán, hallamos dos grandes sistematizaciones que sobre grupos de sociedades se han originado en los Ordenamientos internos, nos referimos a las regularizaciones Portuguesa y Brasileira.

<sup>36</sup> Este acuerdo o negocio jurídico voluntario entre matriz y subordinadas, que por cierto ha de inscribirse en el Registro Mercantil, es conocido en el Ordenamiento Germánico como contrato de dominio o *Beherrschungsvertrag*.

<sup>37</sup> **LUTTER, M. y ZÖLLNER, W.** Das Recht der verbundenen Unternehmen in Deutschland, en Autores Varios. I gruppi di società. Atti del Convegno Internazionale di studi. I, Milano. 1996. Pág. 231. Nota Pie 16. Ambos autores citados por EMBID I, J.M. Introd... Ob cit. Pág 17. Nota al Pie de página 40.



la aplicación de esta solución se acudió a las herramientas existentes para el momento, que no eran otras que la Ley para Sociedades Anónimas (*Aktiengesetz* -AktG-) dejando desamparados aquellos grupos de sociedades que se encontraban integrados, no por Sociedades Anónimas (*Aktiengesellschaft* -AG-), sino por las crecientes e innumerables Sociedades de Responsabilidad Limitada (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung* -GmbH-).

Esta situación, no prevista por el legislador y tampoco por la jurisprudencia, ha llevado a que paulatinamente se tienda a una visión del grupo de sociedades ya no jurídica, desde la órbita del modelo contractual, sino que se opte por vislumbrar los efectos económicos de un grupo formado por sociedades de responsabilidad limitadas, lo que se ha denominado *grupo fáctico cualificado* (*Qualifizierter Faktischer Konzern*).

No deja de llamar la atención el hecho que el inspirador del punto de vista jurídico, bien del modelo contractual por excelencia o del orgánico del cual somos partícipes, tienda cada día más, en materia de grupos de sociedades, al reconocimiento de la importancia innegable de factores económicos como el Mercado y la Empresa en las situaciones de grupos, por lo cual resulta comprensible observar, tanto de manera doctrinal como jurisprudencial, un Derecho Germánico orientando a un punto de vista económico en materia de grupos empresariales, sin que con ello se deje de sistematizar esta materia.

En este sentido es interesante resaltar el criterio que sobre la responsabilidad de los grupos empresariales propone el autor Pablo Girgado; sobre el particular, manifiesta que ante la dualidad presentada en el sistema germánico, de *grupos contractuales* y *grupos fácticos* (económicos) y ante la falta de adecuación, la jurisprudencia ha optado por la creación de un grupo híbrido, como resulta ser el *grupo fáctico cualificado*, para situaciones en donde las empresas dominadas que hacen parte del grupo de sociedades, correspondan a empresas o sociedades de responsabilidad limitada<sup>38</sup>.

Sin embargo señala que la jurisprudencia se tropieza con otro obstáculo, cual es el hecho que el grupo híbrido esté formado por sociedades anónimas dependientes, pues con ello se estaría vulnerando el principio de la autonomía propia del órgano de dirección de una sociedad anónima; en este punto decide remitirnos a dos posibles soluciones, la primera, que trata de la aplicación de una responsabilidad externa caracterizada por la responsabilidad delictual de que trata el BGB o la aplicación de la controvertida y tan recurrida técnica del levantamiento del velo corporativo; y en segundo lugar se presenta como solución la

---

<sup>38</sup> **GIRGADO PERANDONES, Pablo.** La Responsabilidad de la Sociedad Matriz y de los Administradores en una Empresa de Grupo. Ed. Marcial Pons. Madrid-Barcelona. 2002. Pág. 36 y ss.

aplicación de una responsabilidad interna, determinada por la aplicación analógica de los grupos fácticos cualificados para las sociedades de responsabilidad limitada.

En una excelente descripción jurisprudencial sobre la responsabilidad en los grupos empresariales en los supuestos de sociedades de responsabilidad limitada, se trae a colación algunas decisiones del Honorable Tribunal Alemán (*Bundesgerichtshof* -BGH-) en materia civil, y que nos permitiremos citar por considerarlas de sumo interés para el objeto de nuestra investigación y además, porque de esta evolución jurisprudencial, se puede inferir, amen de un cambio conceptual del Honorable Tribunal, una variación de aquella visión jurídica orientada a un nuevo punto de vista, el grupo bajo la órbita económica<sup>39</sup>.

Ciertamente, esta tendencia nos hace reflexionar sobre si el camino que hemos emprendido en materia de regulación de grupos de sociedades, basado modelos orgánicos y contractuales, no ha de ser nuevamente evaluado en tanto que para quienes argumentaban dicha sistematización, paulatinamente han venido modificando su posición en razón de una incuestionable realidad económica imperante en los mercados y por ende en los grupos empresariales.

Con todo y dando paso a la citada evolución de la jurisprudencia germánica, en primer lugar encontramos el caso *ITT*<sup>40</sup>, donde el socio (A) demandó a la sociedad ITT por abuso del poder en perjuicio de él, sobre lo cual el Alto Tribunal Alemán de Justicia, sentado un precedente jurisprudencial para el momento, consideró que la sociedad ITT efectivamente *había transgredido el deber de lealtad imperante en la administración*, frente a otra sociedad (K) y los socios.

Un segundo pronunciamiento que merece la pena ser reseñado en esta oportunidad, es la decisión conocida como el caso *Autokran*<sup>41</sup> en este

---

<sup>39</sup> **MANÓVIL, Rafael Mariano.** Grupos... Ob cit. Pág. 536 a 557.

<sup>40</sup> Se trataba de una sociedad (K), donde el 85% de sus acciones pertenecía a la empresa ITT, quien era la demandada y el 15% pertenecía a un socio (A) quien era el demandante. La compañía (K) controlaba el 60% de otras dos (2) sociedades (L y M), y el 40% restante lo tenía el socio (A). Ahora bien, estas dos sociedades (L y M) controlaban tres (3) más (N, O y P); resultando que estas cinco (5) empresas (L, M, N, O y P), realizaron un contrato de prestación de servicios con otra sociedad independiente (Q), compañía que se encontraba totalmente participada por ITT. En razón del contrato de prestación, las sociedades (L, M, N, O y P), se obligaban a transferir el 1% de sus ingresos brutos a la sociedad (Q), sin embargo no se llegó a probar que existiera una prestación del servicio por parte de esta última sociedad (Q). (*Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen* -BGHZ- Vol. 65. 1975 Pág. 15 y ss.)

caso el Honorable Tribunal Alemán consideró que se trataba de un tema de grupos de sociedades y resolvió que existía una *responsabilidad subsidiaria* de la matriz *por comportamiento*, haciendo comprender que su fundamento se hallaba en que la dirección unitaria, *de manera duradera y amplia*, podía hacer responsable a la matriz en caso de que la administración no fuera apropiada sino abusiva.

Otro fallo que describiremos y que cambió por completo la tendencia que venía hasta el momento en el sistema germánico sobre la responsabilidad del grupo empresarial, fue el *caso Tiefbau*<sup>42</sup> donde el Tribunal Alemán de Justicia consideró que un socio (Y) era *responsable por compensación de pérdidas o por endeudamiento*, ya no simplemente por la dirección unitaria continua y permanente, sino cuando también dejaban desatendidas las pérdidas, que nada tenían que ver con el poder de dirección.

En este mismo sentido, de la *responsabilidad por endeudamiento* de que trataba el comentado pronunciamiento Tiefbau, encontramos el *caso Video-Erdbeben*<sup>43</sup> que llevó a que el Alto Tribunal Alemán declarara la existencia de un grupo empresarial fáctico y cualificado, lo cual quería decir que la *responsabilidad* del socio mayoritario (B), como cabeza de grupo, era también *por concepto de la insolvencia* de la sociedad de responsabilidad limitada (A)<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> Se trataba de una demanda instaurada contra el socio mayoritario (A), socio igualmente de siete (7) sociedades limitadas, en las que asumió la dirección de manera duradera y constante. El socio (A) aspiraba a los beneficios a través de un contrato de factoring que las siete (7) sociedades tenían con la sociedad (B), controlada por (A). Acto seguido, estas siete (7) empresas entraron en una situación de crisis empresarial y la compañía (C), que tenía vínculos contractuales de leasing con todas ellas por cuanto les arrendaba bajo los términos del leasing el uso de treinta y nueve (39) grúas, solicitó la desestimación de la personalidad jurídica, con el fin de hacer responsable al socio (A). (*Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen* -BGHZ- Vol. 95. 1985 Pág. 330 y ss.)

<sup>42</sup> Este caso giró entorno a una sociedad de responsabilidad limitada (X) compuesta por un Banco (Y) que tenía un 96% y un socio (Z) con un 4%, ambos con las calidades de fiduciarios. Los socios (Y) y (Z) fueron designados como gerentes de otra sociedad (X), sin embargo, (Y) dirigía de manera constante a la empresa (X) a través de uno de sus empleados (K). Por sumarte la sociedad (X) adquirió parte del patrimonio de (Z), quien se encontraba en una situación de crisis empresarial, por un precio exorbitante y con una cesión de las deudas que (Z) había contraído con (Y). Así las cosas, la sociedad (X) entró en crisis y se demandó a (Y) por impartir instrucciones perjudiciales a (X). (*Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen* -BGHZ- Vol. 107. 1989 Pág. 7 y ss.)

<sup>43</sup> Se refería a la situación de crisis empresarial de una sociedad limitada (A), donde la administración era detentada por el socio mayoritario (B) quien a su vez resultaba ser administrador y socio mayoritario de otras sociedades. (*Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen* -BGHZ- Vol. 115. 1991 Pág. 187 y ss.)

Finalmente, hallamos tal vez una de las últimas decisiones que por su peso y trascendencia es tomada como pilar dentro del andamiaje institucional que se predicen de los fallos del Ordenamiento alemán, y que a propósito, deberían ser vislumbrados por otros ordenamientos internos, como bien podría resultar el nuestro. Nos referimos concretamente al pronunciamiento conocido como el caso *TBB*<sup>45</sup>, donde se retorna a la responsabilidad, ya no por endeudamiento ejemplificada en los fallos *Tiefbau* y *Video-Erdbeben*, sino que se trata de una *responsabilidad netamente por el comportamiento*<sup>46</sup>.

Ciertamente, aunque los Tribunales inferiores alemanes admitieron la demanda tomando como antecedente y fundamento de derecho la jurisprudencia anterior, propia del pronunciamiento *Video-Erdbeben*, no obstante, el Honorable Tribunal Alemán corrigió su posición y consideró que la presunción o la existencia de una dirección unitaria, así sea constante y permanente, no era suficiente para extender la responsabilidad, se necesitaba de algo más, y esa circunstancia resultaba ser el hecho de probar que de la mencionada dirección unitaria se derivaba una situación abusiva y que dicha actuación no se había realizado teniendo presente el interés de las subordinadas<sup>47</sup>.

Hasta aquí hemos tenido la oportunidad de examinar el modelo orgánico y la evolución del modelo contractual todo esto dentro de una perspectiva jurídica, no obstante, no se podría concluir este apartado de nuestro trabajo sin, por lo menos, comentar el último parámetro que se han tenido en cuenta a la hora de abordar el tema de los grupos empresariales.

---

<sup>44</sup> Sobre los casos *Autokran*, *Tiefbau* y *Video* ver. **MANÓVIL, Rafael Mariano**. Grupos.... Ob.cit. Pág. 544 y ss.

<sup>45</sup> El caso *TBB*, giró entorno a una sociedad de responsabilidad limitada (W) y a otras cuatro (4) empresas que se encontraban dirigidas y participadas por uno de los socios (Z) y su cónyuge (K). Las cinco (5) sociedades habían solicitado un crédito a un Banco y como respaldo decidieron avalarlo con el patrimonio de (Z) y el de algunas de las empresas donde este socio (Z) tenía participaciones; con posterioridad las cinco (5) sociedades se declararon en situación de crisis empresarial pero esta petición no fue admitida por la Administración. Seguidamente, el acreedor (X) demandó a la sociedad de responsabilidad limitada (W) en aras de extender la responsabilidad al socio (Z). (*Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen* -BGHZ- Vol. 115. 1991 Pág. 187 y ss.)

<sup>46</sup> **MANÓVIL, Rafael Mariano**. Grupos.... Ob.cit. Pág. 547 y ss.

<sup>47</sup> Así mismo, se hallan pronunciamientos posteriores que se refieren a Sociedades de Responsabilidad Limitada de Socio Único, como el caso *Bremer Vulkan* publicado en la revista *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 2001, Pág. 3622 y ss.; la decisión del BGH de 2 de octubre de 2000 reseñada en la revista *Die Aktiengesellschaft* (DieAG), No. 3, 2001, Pág. 133 y ss.; o el caso *EDV-Peripherie*, pronunciamiento del BGH de 13 de diciembre de 1993. citado en **Ibíd.** Pág. 551 y ss.

Hemos de referimos, de manera concreta, al trabajo emprendido por varios juristas europeos de conseguir una regulación en materia de grupos de sociedades tendiente, no tanto a una sistematización similar a las desgastadas directivas y proyectos ya mencionados en esta investigación, sino a una regulación que propendiera por el planteamiento de soluciones a los inconvenientes y vicisitudes que se habían presentado en una realidad económica de incuestionable valor.

En este sentido, como se ha manifestado en repetidas oportunidades por parte de la doctrina<sup>48</sup>, resultaba necesario e indispensable, en aras de encontrar una solución a la problemática de los grupos de sociedades, pensar en encontrar algún tipo de *armonización de facto* que se derivara de los pronunciamientos de los Altos Tribunales nacionales o bien que dicha armonización fuera producto de las nuevas políticas de buen gobierno corporativo, imperantes cada día más en los sistemas empresariales, políticas estas conocidas también como *Corporate Governance* o nuevos códigos de conducta empresarial<sup>49</sup>.

Estas investigaciones emprendidas por varios doctrinantes europeos, en lo tocante con los grupos de sociedades o grupos empresariales y que se desarrollaron en el ámbito comunitario, fueron conocidas en el mundo jurídico con el calificativo de *Forum Europaeum* <<Derecho de grupos>><sup>50</sup>, que valga la pena recordar tuvo su origen en el caso *Rozenblum*, el cual giraba en torno a unas transacciones financieras realizadas entre varias sociedades por el Sr. Rozenblum, quien actuaba como un administrador (*dirigeant de fait*) de las mismas y que detentaba una posición de dominio en razón de las participaciones en estas

<sup>48</sup> **GIRGADO PERANDONES, Pablo**. La Empresa de Grupo..., Ob.cit. Pág. 22 y 23.

<sup>49</sup> Sobre los *Códigos de Conducta* o *Corporate Governance* como mecanismo de protección a los problemas que se suscitan en torno a los grupos de sociedades, puede consultarse, entre otros, **VÍTOLO, Daniel Roque**. “Corporate Governance” en la Nueva Dinámica Societaria a partir de la Sarbanes Oxley Act de los Estados Unidos. Difusión y Reflexiones. en Sociedades Comerciales. Los Administradores y los Socios. Gobierno Corporativo. 1ªed. Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. 2004. Pág. 11 a 49; **EMBED IRUJO, José Miguel**. El Buen Gobierno Corporativo y los Grupos de Sociedades. en Sociedades Comerciales. Los Administradores y los Socios. Gobierno Corporativo. 1ªed. Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. 2004. Pág. 51 a 95; **RECALDE CASTELLS, Andrés**. Los Administradores de las Sociedades Anónimas en un Entorno de “Buen Gobierno”. Revista Valenciana de Economía y Hacienda. No. 71. Ed. Universitat Jaume I de Castellón. Valencia. 2003. Pág. 51 a 78. **PAZ-ARES, Cándido**. La Responsabilidad de los Administradores como Instrumentos de Gobierno Corporativo. [www.indret.com](http://www.indret.com). Working Paper No. 162. Universidad Autónoma de Madrid-Barcelona de Octubre 2003.

<sup>50</sup> El informe que se presentó del *Forum Europaeum* se denominó “Por un Derecho de los grupos de sociedades para Europa” y se encuentra publicado en Revista de Derecho Mercantil -RDM-. No. 232. 1999. Pág. 460 y ss.

empresas dedicadas a distintas actividades. Así, estas transacciones fueron realizadas con el objeto de buscar una salida económica a la situación de crisis empresarial que atravesaban algunas de estas sociedades, sin embargo, la pérdida patrimonial era tal, que llevó a una precaria situación económica no solo a las empresas en crisis sino aquellas que se habían prestado a colaborar.

Con todo, la *Cour de Cassation Criminal* en sentencia de 4 de febrero de 1985 consideró que efectivamente existía un grupo empresarial vinculado al citado señor quien fue condenado por abusar de su posición frente a la sociedad<sup>51</sup>, no obstante para evitar que las relaciones internas dentro de las sociedades fueran fraudulentas, se concluyó que el apoyo económico que tuviera una sociedad integrada a un grupo debía reunir tres características esenciales, la primera particularidad a tener en cuenta, hacía referencia al deber de perseguir el interés del grupo empresarial conforme a una política unificada y razonable, la segunda característica considerada por la Honorable Corte francesa, hacía mención a la obligación de reclamar una contrapartida equilibrada para la sociedad o la empresa que llegaba a soportar la carga económica, y finalmente, manifestó la *Cour* que se requería, como tercera particularidad, que la carga económica prestada no superara las proyecciones financieras de la sociedad del grupo que llegaba a proporcionar o suministrar el apoyo.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> En este sentido, en **GIRGADO PERANDONES, Pablo**. La Responsabilidad..., Ob. cit. Pág. 54 y ss y Nota al Pie de Página 112, se trae a colación el texto en los siguientes términos:

“(...) El Sr. Rozenblum ostenta una amplia participación en diversas sociedades de capital, que se dedican a actividades heterogéneas, y actúa en ellas como un *dirigeant de fait*. Algunas de estas sociedades (que actúa en el sector de la construcción) se encuentran en dificultades económicas, lo que lleva al Sr. Rozenblum a realizar transacciones financieras de éstas con otras sociedades, en principio, sanas; sin embargo, la situación de pérdida patrimonial lleva a la quiebra a un número amplio de ellas. El Tribunal expresa que se trata de una estructura de grupo vinculada personalmente al Sr. Rozenblum, que fue condenado por la comisión de un delito *de abus de biens sociaux* —en virtud de los arts. 425 y 437 LSC (actuales arts. L. 241-3 y 242-6 CComm)—.(...)” Resaltado en negrilla y subrayado por fuera del texto.

<sup>52</sup> La perspectiva proteccionista de la Corte de Casación Francesa, en razón del apoyo financiero que adoptaran las sociedades integradas a un grupo empresarial para impedir que sus actuaciones se verificaran como fraudulentas, fue puesta de presente en un artículo publicado en la Revista del Departamento de Derecho Comercial de esta Casa Externadista en **REVIST@ E-MERCATORIA**. “Comentarios a la Sentencias de la Corte Constitucional No. SU-1023-01 y SU-636-03” Volumen 3. No.2 Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004. Pág 11, Nota al Pie de Página 16. En el mismo sentido **Ibídem**. Pág. 55.



Ya para concluir este apartado relativo la perspectiva jurídica o normativa en cuanto se refiere al estudio emprendido por los juristas de buscar una regulación en materia de grupos de sociedades ajustada a una realidad económica, cabe destacar el valor que tiene el *Forum Europaeum*, al pretender proseguir con las labores comunitarias de eliminación de barreras que llegasen a obstaculizar la libertad de circulación de capitales y personas; para lograr estos fines comunitarios y respecto de los grupos de sociedades, se optó por una dirección unitaria que fijara las políticas y funciones empresariales a cada una de las sociedades que integraban el grupo, así como una inclinación a la responsabilidad de la matriz por las actuaciones que se desprendían dentro de las situaciones de crisis empresarial.

Con todo, esta situación a la que se hace alusión, se refiere concretamente a la responsabilidad por culpa que se deriva de los comentados grupos híbridos de que trata el sistema alemán, apuntando solo en un detalle más; para efectos de la responsabilidad, la sociedad dominante debe actuar como un gestor diligente, lo cual implica que no se limite solamente a observar los compromisos adquiridos en las normas o en los estatutos de la sociedad, sino que la actuación del administrador va más allá, pues abarca lo que precisamente se infiere de las facultades y de la norma, y por ende, se encuentra oculto en las mismas y sin embargo actúa (*shadow director*) o lo que simplemente se entiende que debe hacer el sujeto responsable por el hecho de hallarse investido de las facultades como administrador, aunque no legalmente (*de facto director*)<sup>53</sup>.

Finalmente, y para dar paso a otro capítulo de nuestra investigación, esta visión de la responsabilidad del administrador o gestor *diligente* que propone el Forum Europaeum, se asimila en gran medida a lo expuesto en cierto sentido por el mismo sistema anglosajón, concretamente el Ordenamiento inglés a través de la doctrina del *Wrongful Trading*, donde la existencia de la responsabilidad del administrador se encuentra circunscrita, no a un propósito fraudulento o al engaño suscitado por parte de la sociedad dominante a los acreedores de sus subordinadas, pues esta situación que se plantea es desarrollada y descrita por la doctrina del *Fraudulent Trading*, sino que por el contrario, la responsabilidad del gestor se encuentra enmarcada dentro de un modelo objetivo de diligencia por parte del administrador, ya sea que estemos en presencia de una persona natural o física, o bien que lo hagamos frente a una persona jurídica o moral<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> Para un estudio detallado sobre la regulación de los grupos de sociedades en la Unión Europea y concretamente sobre la propuesta del *Forum Europaeum*, el origen, su desarrollo y el contenido de la regulación ver la obra del profesor **EMBIU IRUJO, José Miguel**. Introducción... Ob cit. Pág. 221 a 238.

<sup>54</sup> **GIRGADO PERANDONES, Pablo**. La Responsabilidad..., Ob. cit. Pág. 50 y 51.



Así las cosas, demos paso a otro asunto de nuestra investigación, cual es el de penetrar en el tratamiento dado al régimen de responsabilidad en materia de grupos de sociedades que se hallen bajo una situación catalogada como de crisis empresarial.

## II. GRUPOS EMPRESARIALES Y LA RESPONSABILIDAD

### A. Persona Jurídica y Responsabilidad

#### 1. Generalidades de la personalidad. La sociedad.

Apartándonos del sinnúmero de concepciones que sobre la personalidad jurídica existen o sobre cuál resulta ser la naturaleza jurídica de las mismas<sup>55</sup>, basta con vislumbrar a la persona moral o jurídica como aquel sujeto de derecho producto de la constatación doctrinal a la que la técnica jurídica le da cabida y capacidad en el mundo del derecho<sup>56</sup>.

Esta capacidad, que le permite actuar en el tráfico jurídico con cierta individualidad, lleva aparejada igualmente una autonomía patrimonial y una separación de responsabilidades; en términos generales, así se ha reconocido de antaño hasta el punto de traerla a colación cuando de la relación entre sociedad comercial y persona jurídica se trata, recordemos si no más, al Honorable Magistrado del Tribunal Alemán, *Gelpke*, para quien la sociedad mercantil resultaba ser una persona jurídica diferente de los socios individualmente considerados.

En razón de esta individualidad y de la autonomía es que podemos entender cómo cuando una sociedad<sup>57</sup> carece de personalidad jurídica,

---

<sup>55</sup> Ver pie de página 26 y 27 de esta obra.

<sup>56</sup> Aunque conscientes de la difícil labor de concretar una concepción sobre la personalidad, hemos de apartarnos de las ya tradicionales teorías que sobre la persona jurídica se han presentado, no sin antes por lo menos sentar nuestra posición, la cual gira entorno a la doctrina filosófico-analítica que sobre el particular esbozan autores como D'Alessandro, Hart, Scarpelli, Galgano, entre otros. Para un estudio detallado sobre los inconvenientes de las teorías, centrado en la definición y el método empleado por cada una de ellas en aclarar el concepto de la personalidad jurídica y las dificultades presentes en la relación persona moral y persona física o en la natural concepción terminológica-lingüística de la personalidad jurídica, puede consultarse a **D'ALESSANDRO, F.** *Persone Giuridiche e analisi del Linguaggio*, Studi in memorie di Tulio Ascarelli. Vol I, Milano, 1969. Pág. 252; y a **HART, H.L.A.** *Definition and Theory in Jurisprudence*. Oxford. 1953. Passim; también entre otros a **SCARPELLI, U.** *Contributo alla Semantica del Linguaggio Normativo*, in memorie dell'Accademia delle Scienze di Torino, t.5, parte II, núm. 2, Torino. 1959. Pág. 124 y ss; y a **GALGANO, Francesco.** *Delle Persone Giuridiche.*, en comentario del Cod. Civ., al cuidado de Scialoja y Branca. Pág. 3 y ss, citado en **GALGANO, Francesco.** *Derecho Comercial. Las Sociedades*. Vol. II. Ed. Temis. Bogotá. 1999. Pág. 66. Pie de Pág. 33.

<sup>57</sup> Sin el ánimo de entrar en una discusión de tipo académico sino simplemente con la intención de concretar una posición, dejando para otro estado y sector doctrinal la eterna discusión de sí se debe tratar el término de *Empresa* o *Sociedad* unipersonal, hemos de apartarnos, para efectos de nuestra investigación, de esta controversia definiendo, o mejor, considerando provista de aquel hermetismo de la personalidad

dado el caso de una *sociedad de hecho*, aquellos individuos que en principio la componen se ven determinados a responder con su patrimonio personal, por aquellas actuaciones que se desarrollen en detrimento o en perjuicio de terceros; no cabe “escudarse” en la obligación de hacer un aporte al momento de la constitución de la sociedad para salvaguardar su responsabilidad personal, ya que en definitiva, no se ha creado una persona jurídica diferente de los socios individualmente considerados y por tanto existe una responsabilidad singular<sup>58</sup>.

Así como el cumplimiento de aquellas condiciones de fondo<sup>59</sup> determina la existencia de una sociedad, a pesar de la observancia de estos requisitos, el hecho de no elevar este acuerdo a una escritura pública, implicaría la carencia de la personalidad jurídica de la sociedad y por tanto la asunción solidaria e ilimitada de la responsabilidad de todos aquellos sujetos que la integran.<sup>60</sup>

Ahora bien, si trasladamos esta misma situación de carencia a un grupo empresarial o grupo de sociedades, con las considerables distancias

---

jurídica a la empresa unipersonal, entendiendo en consecuencia que aquel velo impuesto sobre el ente unipersonal trae aparejada una verdadera sociedad.

<sup>58</sup> Es importante desde ya aclarar que para el estudio en comento se ha observado una particularidad del grupo empresarial, nos referimos al tipo societario que de manera común forma este conglomerado. Efectivamente, este segundo capítulo de la investigación relativo a la responsabilidad, de manera clara trata aquellas sociedades que por sus condiciones se agrupan en esta forma asociativa, concretamente nos referimos a las sociedades anónimas y limitadas integrantes de un grupo empresarial, dejando de manera conciente por fuera de nuestro estudio otras formas asociativas como resulta ser la colectiva o la comanditaria simple, por cuanto en estas se presenta la figura de la responsabilidad solidaria e ilimitada. En resumen, para efectos de la investigación se tratara el tema de la responsabilidad generada a partir de aquellos tipos societarios que por sus condiciones presentan una forma limitada de responsabilidad dejando para otros estados académicos aquellas otras formas asociativas en donde la responsabilidad es ilimitada.

<sup>59</sup> Dependiendo de la doctrina asumida, para nuestro caso la nacional, el consentimiento (*affectio societatis*); la obligación de realizar un aporte (*pago de aportes*); la distribución de las utilidades (*participación*) y la permanencia e igualdad (*pluralidad de socios*) resultan elementos esenciales al contrato de sociedad. Resaltado en *cursiva* corresponde a la concepción esbozada por el autor Narváez en su ya reconocida obra. **NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio**. Teoría General de las Sociedades. 7ª ed. Ed. Doctrina y Ley. Bogotá. 1996. Pág 86 a 114.

<sup>60</sup> En el mismo sentido del pie de página 58, para el efecto de la investigación no tendría sentido hacer un análisis comparativo entre el grupo de sociedades y las sociedades colectivas o comandita simple, pues desde el comienzo se sabe que existe alguien que responde de manera ilimitada, por tanto, el estudio que se propone es comparar a los grupos empresariales frente a tipos societarios en donde efectivamente existe una limitación a la responsabilidad.

que ha de recorrerse entre sociedad y grupo, efectivamente estaríamos frente a una responsabilidad solidaria e ilimitada por parte de los miembros que componen el grupo, y esto en razón de que un grupo de sociedades carece de personalidad jurídica; no obstante, la responsabilidad que se deriva al interior de un grupo es un poco más compleja que este simple planteamiento, y lo primero que hay que entrar a matizar es quien se encuentra legitimado para responder.

A este cuestionamiento hemos llegado al observar que al penetrar en la órbita de los grupos empresariales, muchos de nosotros comentábamos sobre la existencia de una responsabilidad del grupo. En efecto, si en razón de unas operaciones económicas al interior de un grupo se produce una situación de crisis que impide el cumplimiento de determinadas obligaciones, es posible que estemos frente a la existencia de una responsabilidad “*del*” grupo de sociedades. Y es que esta contracción de la preposición trae una connotación relevante, pues no es lo mismo la responsabilidad que efectivamente se pueda derivar al interior de un grupo, responsabilidad “*en el*” grupo de sociedades, que aquella inexistente “*del*” grupo como tal, pues en la medida, que el grupo de sociedades carece de personalidad jurídica, al mismo no se le puede imputar una responsabilidad. No existe un hermetismo del grupo empresarial y por tanto la responsabilidad que se origina ha de pretenderse al interior del él, lo que es lo mismo, “*en el*” grupo.

Aclarado este punto “lingüístico”, emerge de inmediato otra inquietud ya planteada en los párrafos anteriores, la cual es susceptible de ser concretada de la siguiente manera: Así como en una sociedad, que no tiene personalidad jurídica, deben sus miembros responder personalmente de manera solidaria e ilimitada por las obligaciones que contraen con terceros, en la misma medida es lógico pensar que deberán responder los integrantes de un grupo empresarial, entendidos como matrices y subordinadas.

Sin embargo, la solución no radica en este símil pues los agentes que participan de esta figura, con personalidad propia, autónoma e independiente, pueden tanto afectar como verse perjudicados por los mismos integrantes del grupo, se trata entonces de individualizar la responsabilidad. Mientras una sociedad actúe sin personalidad jurídica responden independientemente todos los que la integran, mientras que si un grupo de sociedades actúa, y siempre lo hará sin personalidad jurídica, responderá quien fue el causante del perjuicio.

Es precisamente este punto el que nos traslada a otro campo de la responsabilidad, como resulta ser quién causó el perjuicio y a quién se le produjo. Sobre el particular hemos desde ya comentar que el daño puede provenir, al interior de un grupo, de la matriz o bien de las subordinadas y en el mismo sentido, el daño puede producirse a un tercero ajeno al grupo así como causarse a uno de sus integrantes.

Ahora bien, en interés de este trabajo, resulta necesario ir descartando posibilidades, por una parte, es prudente comentar que no nos detendremos en el cuestionamiento de a qué sujeto se afecta con la actuación, si se perjudica a un tercero ajeno o a un integrante del grupo, pues más allá de quién está legitimado activamente para demandar la acción social o individual de responsabilidad, sobre la que volveremos en otra oportunidad, no existe otra implicación para efectos de nuestra labor, *a contrario sensu*, lo tocante con la legitimación pasiva, en otros términos, quién fue el responsable o a quién se le puede imputar el comportamiento dañino sí que es de nuestro resorte y tenor explicativo.

Planteábamos que la actuación dañina podía provenir de la matriz o de la subordinada, no obstante, esta actuación va mucho más allá. Imaginemos que estamos frente a una sociedad, una persona jurídica totalmente independiente de los miembros que la componen, con un patrimonio y una autonomía propia, y que en determinado instante económico se ocasiona un perjuicio; independientemente de a quién se le causó el daño hemos de encontrar el culpable del mismo y efectivamente nos hallamos con que existen varios presuntos responsables de tal comisión, la sociedad como persona jurídica independiente, el socio integrante y finalmente el administrador de la sociedad.

Pretender realizar este mismo ejercicio figurativo frente a la estructura grupal resultaría apartado de la realidad, un presente que simplemente traspasa las fronteras de lo jurídico o sistematizado en un ordenamiento, para deslizarse por los derroteros expuestos por el orden económico y el Mercado. Este punto de vista, ya plasmado en este escrito bajo el acápite de visión económica, ha de traerse nuevamente a colación en razón de la importancia manifiesta de estos aspectos en la conformación del grupo.

Procurar lo contrario, una responsabilidad de todos los integrantes (*Globalhaftung*) o, si se quiere, la regla general de responsabilidad por carencia de la personalidad jurídica en las sociedades ajustada a los grupos, no resulta acorde a la función propia del grupo, me explico, los grupos han de entenderse como herramientas a través de las cuales las empresas pueden agruparse limitando aquella libertad económica que les es propia pero conservando su autonomía jurídica. Con ello, se busca la concentración del poder empresarial en el grupo con un único fin, que no es otro que buscar el crecimiento individual de las empresas maximizando sus beneficios en el instante en que desarrollen las políticas económicas al interior del grupo; entiéndase, entre otros, la producción y comercialización para la redistribución de costes o para el aumento de la cobertura de los productos - ampliación de mercados- hasta llegar al fomento de la confianza empresarial para competir en los mercados con calidad, precios, condiciones venta y servicio.

En otras palabras, si me uno con un tercero es por dos razones económicas, en primer lugar, porque quiero obtener una mejor rentabilidad económica y en segundo término, porque no quiero asumir toda la responsabilidad, al contrario, quiero compartir el riesgo (responsabilidad) que significa penetrar en una nueva condición económica<sup>61</sup>.

Aunado a este mismo criterio de exclusión de la responsabilidad global en el grupo a parece la concepción de la responsabilidad de la matriz y, concretamente, si esta se basa en una responsabilidad por comportamiento-conducta (*Verhaltenshaftung*) o si por el contrario, cercano a la responsabilidad global, se basa en un criterio estructural de responsabilidad, también conocido como *responsabilidad objetiva* (*Strukturhaftung*).

Al respecto y esbozando ideas similares a las empleadas para excluir de plano la responsabilidad global del grupo, hemos de comentar que aceptar un tipo de responsabilidad estructural desquebrajaría la concepción económica del grupo, sin embargo, existen circunstancias en que se permite esta extensión de la responsabilidad a la matriz o cierto tipo de responsabilidad objetiva, a guisa de ejemplo, cuando los intereses en juego sean de tal envergadura que resulte imposible su desconocimiento por el grado de tutela que merece el interés público, como son los casos de consumidores y usuarios o los que se derivan de la protección del medio ambiente<sup>62</sup>.

## 2. Sistemas de Responsabilidad. Desarrollo.

Resulta indiscutible la importancia que representa los grupos; aquella visión fisiológica aunada a la económica, que tratábamos al inicio del trabajo, se ve en cada momento presente en el crecimiento individual en razón, bien de la complejidad imperante en el desarrollo de la actividad económica, ora de la especificidad cada día más marcada de los mercados e igualmente de la reducción del riesgo al introducirse en un

---

<sup>61</sup> Seguramente existirá algún otro tipo de motivación que lleve a la conformación de este tipo de conglomerados empresariales, el temor, la prudencia, el altruismo tal vez, sin embargo, estas consideraciones no son puestas de presente en esta investigación, dejándolas para ser desarrolladas por futuros estudios económico-sociales en materia de grupos de sociedades.

<sup>62</sup> Con todo resulta interesante la posición de la Corte Constitucional Nacional (Sentencia SU-1023), al afirmar que existe una *Responsabilidad Presunta y Temporal* de la matriz, en la medida que con esta aseveración se está ampliando el campo doctrinal de la *Responsabilidad Objetiva* al establecerse la asunción por parte de la matriz del pasivo pensional de sus subordinadas, hasta tanto la jurisdicción ordinaria decide en otro momento procesal; cabe preguntarse que sucede si el fallo, posterior a que la matriz haya asumido la deuda pensional, resulta favorable a la matriz, lo que implicaría que no es responsable del pago del pasivo pensional.

mercado; por tanto, *per se*, pretender aplicar al interior de la concentración de empresas este tipo de responsabilidad global, estructural u objetiva, en nuestro concepto, desnaturalizaría la esencia misma del grupo de sociedades.

Ahora bien, sino es políticamente correcto hablar de una responsabilidad objetiva o de una responsabilidad global de las sociedades que integran el grupo, entonces quién entraría a responder. Sobre el particular y para dar respuesta a nuestra inquietud, hemos de comprender que la responsabilidad viene generada por quien realizó una *conducta inadecuada*, que bien puede estar en cabeza de la matriz-subordinadas como integrantes del grupo, si se quiere en otros términos como “socios” o también de la matriz-subordinadas como “administradoras” cada una de su propia sociedad o la matriz como “gestora” del grupo.

Sin embargo para desarrollar lo concerniente a la responsabilidad de matriz-subordinadas como integrantes-administradores hemos de detenernos por un instante en los sistemas que sobre responsabilidad existen en el Derecho y que fueron simplemente mencionados en el primer acápite de la investigación<sup>63</sup>.

En un primer estado encontramos el sistema de responsabilidad común denominado *Entity Law Approach*; al respecto nos hallamos frente al tipo tradicional de responsabilidad, en donde las sociedades al ser personas jurídicas totalmente independientes no derivaran, entre ellas, ningún tipo de responsabilidad salvo en casos excepcionales donde únicamente responderán a través de la técnica del desenmascaramiento de la personalidad jurídica<sup>64</sup>.

En un segundo momento hallamos un sistema que, aunque no ha tenido el desarrollo normativo esperado, merece la pena ser comentado, se trata del sistema llamado *Enterprise Law Approach*<sup>65</sup>; este sistema, a diferencia del anterior, se caracteriza por la existencia de una responsabilidad, donde la sociedad dominante (matriz) en razón del control que ejerce en sus subordinadas y que los califica como una

---

<sup>63</sup> Sobre los sistemas de responsabilidad, se puede consultar en profundidad a **ENGRÁCIA ANTUNES, J.A.** Liability of Corporate Groups. Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in US, German and EEC Law. An International Perspective and Comparative Perspective. Deventer-Boston. Kluwer Law and Taxation Publishers.1994. Págs. 237 y ss., 277 y ss. y 313 y ss.; y **MANÓVIL, Rafael Mariano.** Grupos de Sociedades... Ob. cit. Págs. 617 y ss.

<sup>64</sup> El sistema del *Entity Law Approach* es una técnica propia del sistema jurídico angloamericano o *Common Law*.

<sup>65</sup> **MANÓVIL, Rafael Mariano.** Grupos... Ob.cit. Págs. 628 y ss.



estructura de grupo, deberá responder por las deudas de sus controladas, calificándose a la empresa como un todo unitario<sup>66</sup>.

Finalmente observamos el sistema germano o *Dualist Approach*, ya comentado en este estudio<sup>67</sup>, pero que vale la pena rápidamente recordar. En términos generales, se trata de un sistema de responsabilidad caracterizado por los efectos generados según se esté frente a un *grupo contractual*, donde el sistema de responsabilidad interna y el sistema de responsabilidad estructural del grupo (*Strukturhaftung*) determina la asunción de las pérdidas de las dominadas por parte de la matriz, no siendo más que una responsabilidad solidaria que se presenta como alternativa de la responsabilidad externa del *disregard of legal entity*. En la misma medida, si este sistema de responsabilidad carece del contrato, entendido como un *grupo fáctico* o *grupo de hecho*, admite la responsabilidad frente a terceros por las directrices desventajosas sin tener en cuenta el dolo o la culpa sino el criterio profesional, lo cual no implica una responsabilidad objetiva.

Ciertamente, este sistema dual alemán, ha demostrado la poca efectividad que tiene pues resulta difícil compensar los perjuicios o indemnizar e igualmente presentar los “informes de dependencia”; por esta inadecuación del sistema dual, la jurisprudencia ha establecido un sistema denominado *grupo fáctico cualificado*, con las implicaciones que se derivan de la conformación de tal grupos híbrido<sup>68</sup>.

Estos dos modelos aunados al desarrollo del sistema dual germánico son los que podemos llamar sistemas continentales de responsabilidad, sin embargo, salta a la vista, que no fueron los únicos. Así las cosas, y recurriendo a lo manifestado en otra oportunidad en este trabajo, hemos de comentar que la responsabilidad es igualmente vislumbrada desde la órbita del derecho anglosajón, concretamente el inglés, para el cual en principio, el régimen de responsabilidad era propio de la sociedad y no cabía extenderla a los socios, sin embargo esta posición con el tiempo fue variando hasta contemplar la posibilidad de aceptar la responsabilidad del socio en dos eventualidades, la primera, con la conocida doctrina del *disregard of legal entity* o *piercing of corporate*

---

<sup>66</sup> El *Enterprise Law Approach* es el sistema propuesto para la *Unión Europea* por el profesor Phillip Blumberg, sin embargo, el desarrollo de normas societarias reflejan una inclinación al sistema del *Entity law*.

<sup>67</sup> Ver de este trabajo de investigación Págs. 22 y ss.

<sup>68</sup> Sobre el particular además de observar lo comentado en este escrito sobre grupos fácticos cualificados y el desarrollo jurisprudencial, debemos tener presente, o mejor recordar, los inconvenientes presentados en relación con las sociedades anónimas y a las sociedades de responsabilidad limitada del sistema alemán.

*veil* y la segunda, para los casos suscitados en la *Corporate Insolvency Act*.

Ahora bien, en un primer momento en las situaciones de insolvencia empresarial, resultaba primordial el propósito fraudulento, el engaño, de la matriz a los acreedores de las dominadas, conocido también como *fraudulent trading*, no obstante lo anterior, surge un problema probatorio al intentar demostrar cuál era el propósito fraudulento, por esta razón se decide desistir de exigir la prueba de la intención y se opta por establecer que la responsabilidad del administrador debe estar circunscrita dentro de un modelo objetivo de diligencia, conocido como *wrongful trading*, ya sea que se trate de administradores legales (*de jure director*); de gestores conocidos como tal pero que no se encuentran investidos legalmente -*gestor de hecho*- (*de facto director*) o de administradores que no se presentan frente a terceros pero si actúan como tales -*administradores ocultos*- (*shadow director*)<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> Dentro de esta investigación ver lo relativo a 2. Visión Jurídica, en especial en lo tocante con los pie de páginas 51 a 54, en el mismo sentido y sobre el desarrollo *dirigeant du fait* y el caso “*Banco Paribas*” GUYON, Y. Droit des affaires. Vol II. 6ª ed. 1997. paragr. 1385 cit GIRGADO P, P. La Resp..., Ob.cit. pie 120.

## B. Responsabilidad en los Grupos de Sociedades

### 1. Andamiaje Normativo. Precisiones.

En las situaciones de crisis empresariales, generadas en razón de la actuación al interior de un grupo, comentábamos sobre la importancia que representaba el determinar la procedencia de las mismas en aras de la responsabilidad; argumentábamos que esta bien podría provenir de la actuación de la matriz o subordinada, entendida esta última como filial o subsidiaria, cuando indistintamente la empresa operara como administradora o integrante del grupo, en adelante y por comodidad del término y su comprensión, emplearemos el calificativo de “socio del grupo”. Ahora bien, con todo lo esbozado hasta el momento, cabe preguntarse sobre cuál resulta ser el régimen de responsabilidad al interior del grupo; al respecto hemos de concretar en lo siguiente.

El Ordenamiento mercantil trae a colación, en su normatividad, varios tipos de responsabilidad; La Ley 222 de 1995 en su artículo 24 que modificó el artículo 200 del Código de Comercio, preceptuó que los *administradores* de una sociedad deberán responder de manera *solidaria* e *ilimitada*, por los perjuicios que por dolo o culpa le causen a la sociedad, a los socios y los terceros, siendo la salvedad, quienes no hayan tenido conocimiento de la actuación o la hayan votado en contra, todo ello siempre que no la hubieran ejecutado.

En términos generales es una norma clara que no merece de mayor interpretación, excepto cuando se refiere a quien es Administrador, pero no cabe realizar una disquisición doctrinal cuando un instante antes, la misma Ley en su artículo 22 nos absuelve esta duda, al considerar como administradores al representante legal, al liquidador, al factor, a los miembros de juntas directivas y a quienes de acuerdo a los estatutos ejerzan o detenten esas funciones.

Por otro parte, el artículo 25 de la citada Ley establece que el legitimado activamente para ejercer la *acción social de responsabilidad* no es más que la misma empresa, de manera directa o indirecta, y además sitúa en el ámbito de la legitimación pasiva a quienes precisamente no han cumplido con los deberes de buena fe, lealtad y diligencia propios del, ya desgastado término, “buen hombre de negocios”, es decir que el sujeto a demandar no resulta otro que el Administrador.

Hasta aquí no parece existir ningún inconveniente, máxime si vislumbramos, tratándose de crisis empresarial y llevándola al campo de la liquidación, el respaldo que se obtiene del artículo 206 de la Ley 222 de 1995 que señala la *responsabilidad solidaria* de los administradores por los daños ocasionados a socios o a terceros en

razón de haber entorpecido el pago del pasivo externo y cuando los bienes a liquidar no alcancen para “solucionarlo”.

Con todo, no es de extrañar esta concordancia en el articulado; entre tanto la *responsabilidad de los socios*, igualmente tipificada en el ordenamiento, difiere, como ha de ser, de la de los administradores. A guisa de ejemplo y en el mismo campo de la crisis empresarial y la liquidación, el artículo 207 de la referenciada ley, establece que cuando los bienes a liquidar sean insuficientes y se pruebe que el socio utilizó la sociedad para defraudar a terceros, aquellos se harán cargo del faltante del pasivo externo a prorrata de su inversión en la empresa, lo cuál nos lleva a pensar que estamos cerca de un tipo de *responsabilidad conjunta*, lo que es lo mismo una *responsabilidad subsidiaria limitada* al monto de lo aportado.

Pero vayamos un poco más allá y ubiquémonos en el artículo 148 de la Ley 222 de 1995 al tratar el tema de la acumulación procesal en situaciones de crisis empresarial; sobre el particular preceptúa la norma:

“(…) **Artículo 148 Parágrafo.-** Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante **responderá en forma subsidiaria** por las obligaciones de aquella. Se ***presumirá*** que la sociedad se encuentra en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, ***a menos que*** la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que ésta fue ocasionada por una causa diferente. (...)” Resaltado en negrilla, en cursiva y subrayado por fuera del texto.

Si pensamos que tan complicado resultaría aplicar esta normatividad a una realidad jurídica como la de los grupos, en principio no hallaríamos grandes inconvenientes más allá de los propios de una deficiente lectura del articulado. Pero qué tan cierta resulta esta afirmación.

La realidad económica de los grupos empresariales se ha caracterizado precisamente por no seguir unos parámetros definidos en una norma, me explico, cuando se presenta un grupo empresarial, lo común resulta que el mismo no se haya establecido conforme a un contrato, si se quiere al modelo contractual alemán, o que el grupo no funcione bajo aquellas condiciones de matriz y subordinada, que deben aducirse frente a la Administración, lo extraordinario es que se realice, lo común es que nunca se haga.

Ahora bien si varias sociedades, en virtud de un contrato deciden agruparse, conservando su autonomía jurídica y renunciando a parte de la libertad económica, que conjuntamente es transferida al grupo al que pertenecen, se ha creado una nueva forma de concentración del poder empresarial, ha nacido un grupo con el fin de buscar el crecimiento individual de las empresas a través de la maximización de sus beneficios en la medida que “produzcan, comercialicen, encaucen o redistribuyan los recursos entre sus miembros, a través de unos mismos propósitos”.

Efectivamente, en este caso, del contrato se deriva la creación del grupo, lo cual implica que desde un comienzo se establece quién es la matriz, quienes son sus subordinadas, cuál es el papel desempeña la sociedad dominante al interior del grupo y por ende cuál es su representación al exterior del mismo, pues resulta comprensible que en la medida en que la matriz se presente como una simple integrante del grupo empresarial sus efectos serán distantes a si se exterioriza como un simple administrador del grupo de sociedades, o si se quiere, bien puede una sociedad dominante ser solo gestor del grupo como también “socio” del mismo, pues lo que realmente importa es el beneficio económico individual, que solo se alcanza cuando se desarrolla conjuntamente con las otras sociedades.

Permítannos en este estado hacer las siguientes consideraciones antes de continuar nuestra exposición:

- Hasta el momento, intencionalmente no hemos tratado el tema del control por la participación, y no lo hemos hecho pues en nuestro concepto la configuración de un grupo de sociedades no depende en ningún momento de la subordinación, ni mucho menos de las presunciones consagradas en el referenciado artículo 27 de la Ley 222 de 1995 que modificó el 261 del Código de Comercio; por el contrario, la figura del grupo empresarial depende de la unidad de propósito y dirección que emana de todas y cada una de las empresas que integran el grupo independientemente de la participación que tengan una y otras.
- Puede ocurrir que evidentemente exista un control y que además se haya configurado un grupo, no obstante, puede suceder que no exista tal participación entre sociedades, ni directa ni indirectamente, y sin embargo la motivación económica de todas las empresas los lleva a la conformación de un grupo con un solo fin, la maximización de los beneficios individuales que únicamente puede ser alcanzada a través de la ambición colectiva del grupo; no se puede concebir un grupo de sociedades donde la competencia esté determinada por la ambición individual,

pues solo en la medida en que se beneficie económicamente la colectividad, y por ende el tiempo, se tratará de un grupo empresarial.

- Entre tanto, si para encontrar el mejor resultado cada uno de los integrantes del grupo ha de dar lo mejor tanto para sí como para el grupo, resulta económicamente indiferente el tamaño de la sociedad (grande o pequeña), no importa que estemos frente a una empresa matriz o subordinada o que el control se ejerza a través de una participación accionarial o por intereses más allá de los económicos; no afectaría en lo más mínimo, lo relevante en el campo jurídico y económico resulta ser la intención, por qué de la ambición individual en la competencia en interés de la colectiva, en otras palabras, lo que realmente atañe es el propósito y la dirección que une a los sujetos en la aventura económica.
- Si aplicamos estos preceptos a los ya expuestos sobre el papel que desempeñan los integrantes del grupo, claramente vislumbramos como la responsabilidad se hace más notable, pues si no afecta la participación para efectos de responsabilidad si lo hará el hecho de determinar cuál es la ambición del integrante, en la medida que si este propósito es el de gestionar o convertirse en un claro director del grupo, estaríamos frente a una responsabilidad derivada de los administradores (*Responsabilidad Solidaria e Ilimitada*), mientras que si la única finalidad individual fue precisamente la ambición colectiva, en interés a la maximización de la individual, el régimen de responsabilidad será el propio del que se aplica a los socios (*Responsabilidad Subsidiaria y Limitada*)
- En la medida en que no puede derivarse de la participación o el control una responsabilidad, pues aquella resulta insignificante, hemos de puntualizar en la ambición, ya que las relaciones grupales están abiertas a una confusión de actividades, en otras palabras, cuando existe un grupo de sociedades, los administradores resultan muchas veces comportándose como “socios” o al revés, “socios” como administradores; por esto se hace necesario conocer que tipo de responsabilidad se puede dar en las relaciones externas e internas.
- En términos generales en las relaciones, en lo que concierne con nuestro tema de la dominante, la responsabilidad puede venir dada por la existencia de un contrato, por la confianza creada o por la correspondiente

actuación perjudicial, sin embargo, estas se vislumbran frente a socios y a la sociedad por el comportamiento, lo que resulta ser lo mismo, por la actuación o la *responsabilidad interna*; por el contrario, la *responsabilidad externa*, frente a terceros, se presenta fundada no en la actuación o el comportamiento sino en la confianza depositada<sup>70</sup>. No obstante, tanto una o como la otra necesitan, para poder imputarle la responsabilidad a la dominante, probar en primer lugar la ambición o la unión de propósito y dirección para luego probar que, a través del comportamiento, no se cumplió con los deberes de buena fe, lealtad y diligencia del “buen hombre de negocios”, aunque cabe apuntar que el demandante además de probar la existencia de la obligación y el incumplimiento, en nuestro concepto, deberá establecer que la dominante no fue diligente, dejando a esta última la carga de la exoneración<sup>71</sup>.

Una vez realizadas estas consideraciones y de regreso a nuestro artículo 148 párrafo de la ley 222 de 1995, se deriva de aquel una primera inquietud frente a la actuación de la dominante. Si la matriz ha de responder de manera subsidiaria por las obligaciones de su subordinada, implica esto que debe entenderse como un tipo de responsabilidad emanada de los “socios” integrantes del grupo, o por el contrario, la actuación que determina el comportamiento como inadecuado, orienta nuestra forma de pensar a la responsabilidad proveniente como si se tratara de un administrador<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> Sobre el particular mucho es lo que se ha discutido y el mejor ejemplo de ello ha sido la doctrina alemana, sin embargo, en algún estado que nos parece relevante, se ha concluido que *la responsabilidad fundada en la confianza comporta tanto una responsabilidad externa como una responsabilidad interna*, por comportamiento o por actuación; y que la única diferencia de peso es a la hora de determinar quien se encuentra legitimado activamente para alegarla, los terceros, si es por la confianza, o las subordinadas, si es por el comportamiento o la actuación. Un estudio más profundo acerca de la responsabilidad por el comportamiento es realizado por el autor **GIRGADO PERANDONES, Pablo**. La Responsabilidad... Ob.cit. Págs. 102 a 145.

<sup>71</sup> Sobre la inversión de la carga de la prueba ver la jurisprudencia citada por **DÍEZ-PICAZO, Luis**. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. II Vol. 4ª ed. Madrid. 1993. Págs. 607 a 608 en Ibídem. Pie de Pág. 180.

<sup>72</sup> Resulta interesante observar cual es el planteamiento jurisprudencial sobre la materia en nuestro ordenamiento nacional, sin embargo y por la extensión que esta labor representaría, decidimos dejarlo para otro estado académico, no sin antes recomendarles las recientes jurisprudencias constitucionales que en materia de responsabilidad, frente a grupos empresariales, se han elaborado por parte de nuestros Tribunales:



En resumen, hasta aquí hemos podido constatar el tema de la responsabilidad desde tres grandes órbitas, una primera determinada por el ordenamiento jurídico, donde la propia ley es la que fija, para situaciones concretas de interés público, los casos de responsabilidad estructural de la sociedad dominante, como acontece en el caso de las circunstancias ambientales o en lo tocante con los consumidores (productos defectuosos)<sup>73</sup>; en otro campo de aplicación se halla la naturaleza contractual de la responsabilidad, inspirador del modelo contractual alemán y de escasa o nula aplicación en nuestro ordenamiento, que circunscribe la responsabilidad a la voluntad de las partes o a las reglas generales de contratación; finalmente, la naturaleza de la responsabilidad bien puede presentarse en el ámbito negocial, encuadrándose la misma en el comportamiento o la actuación que la sociedad dominante haya ejercido sobre alguna de sus subordinadas, claro está, en detrimento de esta o de terceros.

Ahora bien, en este último ámbito, ha de precisarse sobre si este comportamiento está o no orientado a la dirección o gestión del grupo, si lo está, entraríamos en el campo de la responsabilidad por administración y en este punto, nuevamente, debemos remitirnos al artículo 23 de la Ley 222 de 1995, pues es allí donde se contemplan los

---

**Sentencia de la Corte Constitucional de 26 de septiembre de 2001 -Sala Plena- No. de Rad: SU-1023-01.** M.P: Jaime Córdoba Triviño. Acciones de tutela instauradas por Librada de Dios Viuda de Fajardo, Jaime Osorio Avendaño, José Hover Morales García, Daniel Villarreal Quesedo y Fiduciaria Petrolera S.A., Fidupetrol Vs. la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. y otros;

**Sentencia de la Corte Constitucional de 31 de julio de 2003 -Sala Plena- No. de Rad: SU-636-03.** M.P: Jaime Araujo Rentería. Acciones de tutela instauradas por Luis Mesa Marín, Oscar Emilio Muriel y otros y Manuel Dario Cárdenas Colorado Vs. Industrial Hullera S.A. en Liquidación Obligatoria y Otros;

Más recientemente, pero entorno a este último caso, **Sentencia del Juzgado Sexto Civil del Circuito de Medellín de 8 de junio de 2004.** Proceso Ordinario Declarativo de responsabilidad subsidiaria artículo 148 Ley 222 de 1995 por Industrial Hullera en Liquidación Obligatoria Vs. Fabricado S.A, Coltejer S.A y Cementos El Cairo S.A, donde condenan a estas últimas; y

Finalmente, **Sentencia del Tribunal Superior de Medellín de 13 de octubre de 2004.** Proceso Ordinario Declarativo de responsabilidad subsidiaria artículo 148 Ley 222 de 1995. Apelación en el proceso de Industrial Hullera en Liquidación Obligatoria Vs. Fabricado S.A, Coltejer S.A y Cementos El Cairo S.A., donde revoca la decisión anterior. Interesante resulta la posición que debe adoptar en casación el Alto Tribunal nacional sobre este tema, motivo por el cual quedaremos a la expectativa del mencionado pronunciamiento.

<sup>73</sup> Ver el comentario a la sentencia de la Corte Constitucional SU-1023 sobre responsabilidad objetiva en razón de la asunción por parte de la matriz del pasivo pensional. De esta investigación el Pie de Página 52.

deberes generales que han de respetar los administradores; buena fe, lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, criterios que en buena medida se están desconociendo en el actuar de los administradores, por esta razón cabe preguntarse si estos deberes del artículo 23 no abarcan un campo más amplio que el simplemente pretendido “buen hombre de negocio”

Sobre el particular, resulta interesante comprender que estos deberes se han quedado cortos a la hora de determinar la responsabilidad, al respecto cabe observar lo que en derecho comparado, concretamente el sistema americano y alemán, han pretendido al traer a colación unas pautas de comportamiento para los administradores, verbi gratia, para el sistema estadounidense, el comportamiento se basa en obligaciones de cuidado, sin interés propio contrario a derecho y con la presunción, que su actuar resulta lo más adecuado para la sociedad<sup>74</sup>; por su parte, para el sistema germánico el comportamiento se basa en un deber de diligencia<sup>75</sup> que trae aparejado un deber de dirección, legalidad y organización, donde quien alega la falta de diligencia debe probarla salvo en lo que respecta al incumplimiento de la legalidad que compete al gestor desvirtuar; en este mismo sentido, lo que para grupos representa un deber de organización y gestión y otro de diligencia y lealtad, basados estos últimos en el principio de la buena fe e incluyendo en los mismos el deber de fidelidad.

## 2. Acción de Responsabilidad.

Para concluir este tema de la responsabilidad en los grupos de sociedades, hemos dejado un espacio prudente para dedicarlo a una de las cuestiones que en principio resultarían ser de procedimiento; nos referimos a las acciones que se derivan de las actuaciones al interior del grupo por parte de los integrantes del mismo, concretamente a los comportamientos por parte de los administradores.

Así las cosas, observamos como el Ordenamiento mercantil consagra a lo largo de la sistematización, un mecanismo de amparo que procede contra cualquier comportamiento o actuación que llegue a transgredir los deberes de gestión-organización y diligencia-lealtad, propio de los gestores.

---

<sup>74</sup> Estas pautas se consagran en *Business Judgement Rule*, que fue sistematizado por American Law Institute

<sup>75</sup> En donde la dirección se refiere a un manejo correcto de los negocios de la sociedad; la legalidad hace referencia a un respeto exigido por la ley y los estatutos; y la organización alude a una delegación ordenada de las funciones de dirección, lo que es lo mismo, una organización del poder de dirección y control en los grupos. Sobre la responsabilidad de los administradores del grupo, la obra del autor **GIRGADO PERANDONES, Pablo**. La Responsabilidad... Ob.cit. Págs. 154 y 155.

En este caso nos referimos a la *acción social de responsabilidad* consagrada en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, que comporta un tipo exclusivo de herramienta tutelar, en la medida en que únicamente puede ser ejercida por la *sociedad* o a favor de esta y contra los administradores, previa aprobación de la asamblea o junta de socios, salvo en lo tocante a la liquidación obligatoria de que trata el artículo 166 numeral 14 en concordancia con los artículos 206 y artículo 207 de la citada Ley.

De igual forma, se preceptúa en el Ordenamiento otro tipo de mecanismo jurídico de protección, nos referimos a las *acciones individuales de responsabilidad*, que encuentra su fundamento en los artículos 233 y 235 de la Ley 222 de 1995, de igual forma, en el inciso final del artículo 25 y en el mismo artículo 24 de la ya referenciada Ley. Estas acciones individuales, al igual que la acción social, se ejerce contra los administradores, sin embargo, en este caso no es alegada por la sociedad o a favor de esta sino que la ejerce cualquier sujeto entendido como tercero o socio, que se sienta que se le ha ocasionado un perjuicio en su patrimonio por causa o con ocasión de la actuación del administrador<sup>76</sup>.

Ahora bien, nos preguntamos si este tipo de acciones de responsabilidad están diseñadas, de manera exclusiva, para obtener un resarcimiento del daño ocasionado por parte del administrador de la sociedad, que sucede cuando estamos frente a un grupo fáctico de sociedades, o mejor aún, que sucede cuando se trata de una administración de hecho, a la sombra u oculta y está incurso un grupo empresarial.

En principio diríamos que el administrador de una sociedad ha de responder por sus actuaciones, bien sea que las mismas provengan de aquel administrador legalmente reconocido o que el comportamiento sea de un sujeto que, existiendo un administrador legal, se apropia de estas funciones y se muestra como tal.

No obstante, y lo común es que ocurra, no siempre aquel sujeto desea mostrarse como gestor, al contrario, considera más conveniente no figurar como administrador, ni de manera directa ni de forma indirecta, y sin embargo poder detentar una posición privilegiada en la dirección.

Es claro que esta situación, sobre la que volveremos más adelante y que la doctrina extranjera ha denominado administración de hecho, es susceptible de presentarse en una sociedad, empero, qué tanta

---

<sup>76</sup> Podría decirse que existen otros tipos de acción de responsabilidad, sin embargo consideramos que aquellas que provienen del liquidador o por no haber sido instaurada por la sociedad, están cobijadas en la propia acción social de responsabilidad, con las claras matizaciones que en uno y otro evento han de darse para los casos en particular.

transparencia existirá si esta misma circunstancia se halla en un grupo empresarial.

Para responder a este interrogante, nuevamente recurriremos al valor del Forum Europaeum. Recordemos que se propuso en las labores comunitarias optar por una dirección unitaria que pudiera fijar las políticas y funciones empresariales a cada una de las sociedades que integraban el grupo.

Se propuso una inclinación a la responsabilidad de la matriz por las actuaciones que se desprendieran dentro de las situaciones de crisis empresarial del grupo fáctico-cualificado, anotando, que la matriz debía comportarse como un administrador diligente lo que implica aquello que se entiende debe hacer por estar investido aunque no de manera legal (*de facto director*) o aquello que se infiere de la ley-estatutos pero se encuentra oculto (*shadow director*)<sup>77</sup>.

Ciertamente estos conceptos se encuentran determinados por unos elementos coincidentes<sup>78</sup> como resulta ser la carencia de un nombramiento por parte de la sociedad; la actuación constante y habitual como administrador; el desempeño efectivo del papel de gestor; y todas ellas, ejercidas de manera efectiva y autónoma, en aras de la sociedad<sup>79</sup>.

Se necesitaría de todos estos elementos para que se configure las condiciones propias de existencia de un administrador de hecho y por tanto pueda hacerse exigible el grado de responsabilidad que determina una dirección de hecho de la matriz<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> Ver de este trabajo Páginas 30 a 31 y 38 a 39 así mismo, **GUYON, Y.** Ob.cit par 1385; y **EMBED IRUJO, José Miguel.** Introducción... Ob cit. Pág. 221 a 238 y 397 a 404.

<sup>78</sup> Aunque a de hacerse la salvedad de una profunda diferenciación en otros ordenamientos, como es el caso del derecho inglés.

<sup>79</sup> En contraposición a la tendencia de admitir la responsabilidad de la sociedad dominante como administradora oculta, excepto en los casos que legalmente se imponga esta obligación, v.g., en la crisis empresarial, ver en el ordenamiento italiano la “Legge Proddi” No. 95 de 3 de abril de 1979 sobre administración de empresas en crisis (Ley reformada hoy en día por el decreto Legislativo 270 de 1999 de 8 de julio) y los comentarios de la autora **SCOGNAMIGLIO, Giuliana** Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società, 1996. Pág. 39 y ss. cit GIRGADO P. P.. La Resp... Ob.cit. Págs. 183.

<sup>80</sup> Resulta interesante observar el desarrollo que se ha dado al tema de la responsabilidad de los administradores de grupos empresariales al interior del Ordenamiento español, quienes al carecer de una regulación específica sobre la materia, parten bien de un tipo de relación extracontractual que determina una responsabilidad mancomunada o bien de un tipo de relación contractual que determina una responsabilidad solidaria, en el entendido que la responsabilidad del

Ya para terminar este escrito investigativo y en aras de conclusión, hemos de concretar en el siguiente aspecto:

Con base en el párrafo del artículo 148, al demandar la reparación del daño, empleando *las acciones sociales de responsabilidad*<sup>81</sup> o las *acciones individuales de responsabilidad*<sup>82</sup>, bien a favor de la sociedad o también en beneficio de un tercero o socio, respectivamente, debe probarse necesariamente:

En primer lugar, los presupuestos generales de la responsabilidad que se determinan en el Ordenamiento jurídico nacional, lo que en otros términos significa constatar:

- **La infracción de la ley, los estatutos o de la diligencia;**
- **La culpa o el incumplimiento conforme al estándar anterior**<sup>83</sup>;
- **La existencia del daño**<sup>84</sup>; y
- **El nexo causal**<sup>85</sup>.

Y en segundo término, para concluir, le corresponderá al legitimado activamente, por tratarse de un *administrador de hecho, gestor oculto,*

---

administrador de la matriz tiene una naturaleza orgánica basado en el artículo 133 LSA, fijando la solidaridad salvo que se demuestre algún supuesto de exoneración del artículo 133.2 LSA. **GIRGADO PERANDONES, Pablo.** La Responsabilidad... Ob.cit. Págs. 192 a 194 y 200 a 202.

<sup>81</sup> Artículos 25, 166 numeral 14, 206 y 207.

<sup>82</sup> Artículos 24, 25, 233 y 235-

<sup>83</sup> Los dos presupuestos antes mencionados se pueden inferir del párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995.

**“Artículo 148 Párrafo.- (...) y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas (...)”** Resaltado en negrilla y subrayado por fuera de texto

<sup>84</sup> Este presupuesto se deduce, igualmente, de la citada normatividad.

**“Artículo 148 Párrafo.- (...) y en contra del beneficio de la sociedad en concordato (...)”** Resaltado en negrilla y subrayado por fuera de texto

<sup>85</sup> En el mismo sentido, que los pié de páginas anteriores, se colige este análisis.

**“Artículo 148 Párrafo.-(...) por causa o con ocasión de las actuaciones (...)”** Resaltado en negrilla y subrayado por fuera de texto

*de facto director* o *shadow director*, entrar a probar, además de los anteriores presupuestos generales, las siguientes circunstancias de la gestión:

- Que el *administrador de hecho* carece de nombramiento por parte de la sociedad;
- Que el *gestor oculto* ha desarrollado su actividad de forma constante y habitual;
- Que *de facto director* ha desempeñado de manera efectivo su papel como gestor; y finalmente
- Que todas estas circunstancias han sido ejercitadas de manera efectiva y autónoma por parte del *shadow director* en aras de la sociedad.

## BIBLIOGRAFÍA

1. **ARAGÓN, Manuel.** Constitución Económica y Libertad de Empresa. en Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez. Tomo I. Ed. Civitas. Madrid. 1996.
2. **BOLDÓ RODA, Carmen.** Levantamiento del Velo y Persona jurídica en el Derecho Privado Español. Ed. Aranzadi. 3ª Edición. Navarra. 2000.
3. **BROSETA PONT, Manuel.** Manual de Derecho Mercantil. 11ª ed. Volumen I. Ed. Tecnos. Madrid. 2002.
4. **CAPILLA RONCERO, Francisco.** La Persona Jurídica: Funciones y Disfunciones. Ed Tecnos. Madrid. 1984.
5. **CÓDIGO DE COMERCIO**
6. **CÓRDOBA ACOSTA, Pablo Andrés.** La Empresa en el Siglo XXI. El Gobierno de empresa de grupo: visión del grupo empresarial en la perspectiva del gobierno corporativo ("Corporate Governance"). Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005.
7. **DE ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo.** La Doctrina del Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica en la Jurisprudencia. 4ª Edición. Editorial Civitas. Madrid. 1997.
8. **DE CASTRO Y BRAVO, Federico.** La Persona Jurídica. Segunda Edición. Reimpresión 1991. Ed. Civitas, S.A. Madrid. 1990.
9. **DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel.** Estudios de Derecho Mercantil. Tomo I. Volumen 2. Centro de Estudios Tributarios. Madrid. 1977.
10. **DUQUE, Justino.** Los métodos de grupos de sociedades. Ponencia del VII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Barcelona, Instituto de Derecho Comparado, 1966. Pág. 385 y ss. en Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque, 2T., Universidad de Valladolid. 1998.
11. **ENGRÁCIA ANTUNES, Jose A.** Liability of Corporate Groups. Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in US, German and EEC Law. An International Perspective and Comparative Perspective. Deventer-Boston. Kluwer Law and Taxation Publishers. 1994.
12. **ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor Y WOLFF, Martín.** Tratado de Derecho Civil. Primer Tomo. Parte General I. por Ludwig Enneccerus, Trad. BLAS PÉREZ GONZÁLEZ y JOSÉ ALGUER.



Volumen Primero. Ed. Librería Bosch. Barcelona. 1934.

13. **EMBED IRUJO, José Miguel.** El Buen Gobierno Corporativo y los Grupos de Sociedades. en Sociedades Comerciales. Los Administradores y los Socios. Gobierno Corporativo. 1ªed. Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. 2004.
14. **EMBED IRUJO, José Miguel.** El Levantamiento del Velo una vez más. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 20 de junio de 1991. Revista La Ley. 11-02-92.
15. **EMBED IRUJO, José Miguel.** Introducción al derecho de los grupos de sociedades. Ed. Comares. Granada. 2003.
16. **FERRARA, Francisco.** Teoría de las Personas Jurídicas. Trad de la 2ª ed. revisada italiana por Eduardo Ovejero y Maury. Ed. REUS. Madrid. 1929.
17. **GALGANO, Francesco.** Derecho Comercial. Las Sociedades. Vol. II. Ed. Temis. Bogotá. 1999. Pág. 66.
18. **GARRIGUES, Joaquín.** Curso de Derecho Mercantil. Tomo II. Ed. Temis. Bogotá. 1987.
19. **GIRGADO PERANDONES, Pablo.** La Empresa de Grupo y el Derecho de Sociedades. Ed. Comares. Granada. 2001.
20. **GIRGADO PERANDONES, Pablo.** La Responsabilidad de la Sociedad Matriz y de los Administradores en una Empresa de Grupo. Ed. Marcial Pons. Madrid-Barcelona. 2002.
21. **GUYENOT, Jean-Pierre.** Los Grupos de Interés Económico. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1973.
22. **LECHMANN, Heinrich.** Parte General. Volumen I. Trad. JOSE Mª NAVAS. Ed. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1956.
23. **LEMME, Giuliano.** Il Governo del Gruppo. Ed. Casa Editrice Dott. Antonio Milani –CEDAM- Pádova. 1997.
24. **MANÓVIL, Rafael Mariano.** Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria: El Artículo 54.III de la Ley de Sociedades Argentina. Publicado en Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero. Volumen I, Capítulo XVI. Ed. Mc. Graw Hill. Madrid. 2002.
25. **MANÓVIL, Rafael Mariano.** Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado. Ed. Abeldo-Perrot. Buenos Aires. 1998.

26. **MOLINA NAVARRETE, Cristóbal.** El Derecho Nuevo de los Grupos de Empresas. Entre Libertad y Norma. 1ª ed. Ed. Ibídem Ediciones. Textos Universitarios. Madrid. 1997.
27. **NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio.** Teoría General de las Sociedades. 7ª ed. Ed. Doctrina y Ley. Bogotá. 1996.
28. **PANIZO ORALLO, Santiago.** Persona Jurídica y Ficción. Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV). Pamplona. 1975.
29. **PAZ-ARES, Cándido.** La Responsabilidad de los Administradores como Instrumentos de Gobierno Corporativo. [www.indret.com](http://www.indret.com). Working Paper No. 162. Universidad Autónoma de Madrid-Barcelona de Octubre 2003.
30. **POLO, Antonio.** Empresa y Sociedad en el pensamiento de Joaquín Garrigues (Relaciones e interferencias entre ambos conceptos) en Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues. Tomo I. Ed. Tecnos. Madrid. 1971.
31. **RECALDE CASTELLS, Andrés.** Los Administradores de las Sociedades Anónimas en un Entorno de “Buen Gobierno”. Revista Valenciana de Economía y Hacienda. No. 71. Ed. Universitat Jaime I de Castellón. Valencia. 2003.
32. **REVIST@ E-MERCATORIA.** “Comentarios a la Sentencias de la Corte Constitucional No. SU-1023-01 y SU-636-03” Volumen 3. No.2 Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004.
33. **REVIST@ E-MERCATORIA.** “El Mercado y las Bases Económicas de un Grupo Empresarial”. Volumen 4. No.1 Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005.
34. **SAVIGNY, Friedrich Karl von.** System des Heutigen Römischen Rechts. II. Leipzig 1840-1849. Pág 85 a 102. y traducción **SAVIGNY, Federico Carlos.** Tratado de Derecho Romano. Tomo II. Trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley. Ed. Góngora, Madrid. 1870.
35. **URÍA, Rodrigo.** Derecho Mercantil. 28ª ed. Marcial Pons. Barcelona-Madrid. 2002.
36. **VICENT CHULIÁ, Francisco.** La Fusión Propia y la Fusión Impropia en el Derecho de Sociedades. En Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues. Tomo III. Ed. Tecnos. Madrid. 1971.
37. **VÍTOLO, Daniel Roque.** “Corporate Governance” en la Nueva Dinámica Societaria a partir de la Sarbanes Oxley Act de los Estados Unidos. Difusión y Reflexiones. en Sociedades Comerciales. Los Administradores y los Socios. Gobierno

Corporativo. 1ªed. Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires. 2004.